

**DIE VERWALTUNG DES NACHLASSES DURCH DIE
ERBENGEMEINSCHAFT ZWISCHEN § 2038 UND
§ 2040 BGB**

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
der Juristischen Fakultät
der Universität Augsburg

vorgelegt von
Ana-Maria Stanescu
aus Bukarest

2013

Erstgutachter: Prof. Dr. Christoph Ann

Zweitgutachter: Prof. Dr. Christoph Becker

Tag der mündlichen Prüfung: 13. November 2013

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Gang der Untersuchung	4
C. Die Erbengemeinschaft	5
I. Interessenlage	5
II. Rechtsnatur	6
1. Rechtsgeschichtliche Entwicklung	6
2. Die Vorteile der Gesamthandsgemeinschaft im Erbrecht	9
a. Gesamthandsvermögen und Sondervermögen	9
b. Gesamthänderische Bindung	11
c. Schutz der Nachlassgläubiger	12
D. Nachlassverwaltung durch die Erben-	14
gemeinschaft	14
I. Sinn und Zweck der Nachlassverwaltung	14
II. Innen- und Außenverhältnis	17
E. Innenverhältnis	19
I. Willensbildung	19
II. Grundsatz gemeinschaftlicher Verwaltung, § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB	19
III. Ordnungsmäßige Verwaltung	20
1. Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung	20
2. Verwaltung durch Mehrheitsbeschluss	22
3. Mitwirkungspflicht	25
IV. Notverwaltung	25
F. Außenverhältnis	26
I. Außerordentliche Verwaltung	27
II. Notverwaltung	27
III. Ordnungsmäßige Verwaltung	28
1. Verpflichtungsgeschäfte	29
a. Objektiv gerechtfertigte Verpflichtung	29
b. Schweigen der Minderheit als Zustimmung	32
c. Außenwirkung des Mehrheitsbeschlusses	33
d. Auslegung §§ 2038, 745 BGB	37
aa. Entstehungsgeschichte §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 BGB	37
bb. Wortlaut und systematische Stellung von § 745 BGB	40
cc. Wortlaut § 2038 BGB	41
(i) § 2038 BGB als lediglich das Innenverhältnis betreffende Regelung? ...	41
(ii) Begriff der Nachlassverwaltung	42
(iii) Ergebnis	45
dd. Sinn und Zweck der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1,	

745 Abs. 1 BGB – Effiziente Verwaltung vs. Minderheitenrechte	46
(i) Schutzrichtung der Regelungen über die Mehrheitsverwaltung	46
(ii) Minderheitenschutz vs. Praktikabilität	47
e. Gesetzliche Vertretungsmacht aus §§ 2038, 745 BGB	54
aa. Wirksamer Mehrheitsbeschluss als Grundlage für die Vertretungsbefugnis ..	56
bb. Anforderungen an den Mehrheitsbeschluss	57
cc. Erforderlichkeit	57
dd. Anforderungen an die Vertretung	58
(i) Entstehende Verbindlichkeiten	58
(ii) Offenkundigkeitsprinzip	59
f. Ergebnis	60
2. Verfügungsgeschäfte	62
a. Herrschende Meinung – Festhalten am Gemeinschaftsprinzip auf Verfügungsebene	62
b. Vorschläge zu einer Flexibilisierung <i>de lege lata</i>	64
aa. Restriktive Anwendung des § 2040 BGB	64
(i) Unmittelbarkeitserfordernis	64
(ii) Teleologische Reduktion des § 2040 BGB	67
(a) Verfügungen mit Entwertungsrisiken	67
(b) Die verwaltende Verfügung	69
bb. Treuepflichten unter Miterben	70
cc. Entwicklung in der Rechtsprechung	71
dd. Stellungnahme	74
(i) Bedürfnis nach flexibler Handlungsorganisation	74
(ii) Bewertung der Lösungsansätze <i>de lege lata</i>	76
(a) Auslegung	77
(aa) Grammatische Interpretation	77
(bb) Historische Interpretation	77
(cc) Systematische Interpretation	77
(dd) Teleologische Interpretation	78
(b) Rechtsfortbildung	82
(aa) Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion des § 2040 BGB?	82
(bb) Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung durch Treuepflichten?	83
(cc) Unternehmenstragende Erbengemeinschaft	86
(dd) Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung?	88
(c) Ergebnis	89
c. Lösung <i>de lege ferenda</i>	90
aa. Erbengemeinschaft als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)	90
bb. Mangelnde Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft	91
(i) Dauerhaftigkeit und werbendes Handeln	92
(ii) Keine vergleichbare Handlungsorganisation	93
(iii) Entstehung kraft Gesetzes	94
(iv) Fehlen eines gemeinschaftlichen Zwecks	95
bb. Problem – vermögensrechtliche Zuordnung	98
cc. Neue Ausgestaltung der Nachlassverwaltung	102
(i) Begriffliche und systematische Erwägungen	103

(ii)	Verpflichtung zur Mitwirkung bei Maßnahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung	105
(iv)	Der Begriff der Ordnungsmäßigkeit und § 2041 BGB als zentrale Schutzmechanismen.....	106
(v)	Verkehrsschutz	107
(vi)	Problem: Grundbuchverfügungen.....	107
(vii)	Unternehmenstragende Erbengemeinschaft	108
G.	Ausblick	108

Literaturverzeichnis

- Aderhold, Lutz:** § 745 BGB, in: Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg/Westermann, Harm Peter (Hrsg.), Erman Bürgerliches Gesetzbuch - Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VBG, VersAusglG und WEG, Band I, 13. Aufl., Köln 2011.
- Ann, Christoph:** § 2038 BGB, in: Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Ring, Gerhard (Hrsg.), NomosKommentar BGB, Band 5: Erbrecht, 3. Aufl., Köln/Bonn/Freiburg 2010.
- Ann, Christoph:** Anmerkung zu BGH Urteil v. 11.11.2009, XII ZR 210/05, ZEV 2010, 36.
- Ann, Christoph:** Anmerkung zum BGH Urteil vom 28.9.2005, IV ZR 82/04, MittBayNot 2006, 245.
- Ann, Christoph:** Anmerkung zum BGH Urteil vom 28.4.2006, LwZR 10/05, MittBayNot 2007, 133.
- Ann, Christoph:** Die Erbengemeinschaft, Köln 2001.
- Ann, Christoph:** Die Erbengemeinschaft, in: Hausmann, Rainer/Hohloch, Gerhard (Hrsg.), Handbuch des Erbrechts, 2. Aufl., Berlin 2010, S. 1395.
- Bartholomeyczik, Horst:** Erbrecht, 8. Aufl., München 1968.

Bartholomeyczik,

Horst: § 2038 BGB, in: Erman, Walter/Westermann, Harm Peter (Hrsg.), Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, 5. Aufl., Münster 1972.

Bartholomeyczik,

Horst: Das Aktienpaket in der Miterbengemeinschaft, in: Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag, München 1970, S. 343.

Bartholomeyczik,

Horst: Das Gesamthandsprinzip beim gesetzlichen Vorkaufsrecht der Miterben, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band I, München 1965, S. 145.

Bartholomeyczik,

Horst: Willensbildung, Willensverwirklichung und das Gesamthandsprinzip in der Miterbengemeinschaft, in: Festschrift für Rudolf Reinhardt zum 70. Geburtstag, Köln-Marienburg 1972, S. 13.

Bartholomeyczik,

Horst: Die Miterbengemeinschaft, in: Erwerb, Sicherung und Abwicklung der Erbschaft, 4. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, Tübingen 1940, S. 120.

Binder, Julius:

Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Teil, Leipzig 1905.

Boehm, Jacob:

Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Hannover 1900.

- Boehmer,
Gustav:** Zur Rechtsform des Pflichtteilsrechts, AcP 144 (1938), 62.
- Bork, Reinhard:** Zur Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, in: Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 100 Jahre BGB – 100 Jahre Staudinger, Beiträge zum Symposium vom 18.-20.6.1998 in München 1999, S. 181.
- Brox, Hans:** Erbrecht, 1. Aufl., Köln, München 1966.
- Brox, Hans/Walker,
Wolf-Dietrich:** Erbrecht, 24. Aufl., München 2010.
- Brudermüller, Gerd:** § 1450 BGB, in: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch – mit Nebengesetzen, 72. Aufl., München 2013.
- Coing, Helmut/
Honsell, Heinrich:** Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2004.
- Damrau, Jürgen:** Erbenmehrheit und Familiengericht, ZEV 2006, 190.
- Dauner-Lieb,
Barbara:** Unternehmen in Sondervermögen, Tübingen 1998.
- Dietz, Rolf:** Erbrecht, Ein Grundriss, Bonn 1949.
- Ebenroth,
Carsten Thomas:** Erbrecht, München 1992.

Eberl-Borges,

Christina: Die Erbauseinandersetzung, Tübingen 2000.

Eberl-Borges,

Christina: Die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft nach dem Urteil des BGH vom 29.1.2001 zur Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR, ZEV 2002,125.

Ellenberger, Jürgen: vor § 104 BGB, § 185 BGB, in: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Aufl., München 2013.

Flume, Werner: Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136 (1972), 177-207.

Frank, Rainer/

Helms, Tobias: Erbrecht, 4. Aufl., München 2010.

Gamm,

Otto-Friedrich von: §§ 744-746 BGB, in: Bürgerliches Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes – Kommentar, Band 2/4, §§ 631 – 811, 12. Aufl., Berlin/New York 1978.

Gehrlein, Markus: § 745 BGB, in: Bamberger, Georg/Roth, Herbert (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 3. Aufl., München 2012.

Gergen, Thomas: § 1978, vor § 2032, § 2032, § 2038, § 2040 BGB, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9: Erbrecht §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, 5. Aufl., München 2010.

Grunewald, Barbara: Die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, AcP 197 (1997), 305.

- Gursky, Karl-Heinz:** § 185 BGB, in: Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 164 - 240 (Allgemeiner Teil 5), Berlin 2009.
- Habersack, Mathias:** Zur Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – BAG, NJW 1989, 3034.
- Hadding, Walther:** § 745 BGB, in: Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB Band 11/1, Schuldrecht 9/1 (§§ 705-758 BGB), 13. Aufl., Stuttgart 2011.
- Häublein, Martin:** Anmerkung zu BGH Urteil v. 17.10.2006, ZfIR 2007, 109.
- Hellfeld, Christian:** Treuepflicht unter Miterben, Tübingen 2010.
- Hopt, Klaus:** § 8 HGB, in: Baumbach/Hopt Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 35. Aufl., München 2012.
- Johannsen, Kurt:** Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete des Erbrechts, WM 1970, 573.
- Johannsen, Kurt:** Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete des Erbrechts, WM 1973, 543.
- Jülicher, Friedrich:** Mehrheitsgrundsatz und Minderheitenschutz bei der Erbengemeinschaft, AcP 175 (1975), 143.
- Kick, Sabine:** § 2058 BGB, in: Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Ring, Gerhard (Hrsg.), NomosKommentar BGB, Band 5: Erbrecht, 3. Aufl., Köln/Bonn/Freiburg 2010.

- Kipp, Helmut/
Coing, Theodor:** Erbrecht, 14. Aufl., Tübingen 1990.
- Koch, Heinrich:** Die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Dissertation Göttingen 1935.
- Koch, Jens:** § 8 HGB, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Habersack, Mathias/Schäfer, Carsten (Hrsg.), Handelsgesetzbuch: HGB Band 1: Einleitung; §§ 1-47b, 5. Aufl., Berlin 2009.
- Kregel, Wilhelm:** §§ 2032, 2038, 2040 BGB, in: Bürgerliches Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes – Kommentar, Band V, 1. Teil §§ 1922 bis 2146, 12. Aufl., Berlin/New York 1974.
- Kretzschmar,
Adolf Ferdinand:** Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1913.
- Krug, Walter:** § 1967 BGB, in: Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Ring, Gerhard (Hrsg.), NomosKommentar BGB, Band 5: Erbrecht, 3. Aufl., Köln/Bonn/Freiburg 2010.
- Krug, Walter/
Rudolf, Michael/
Kroiß, Ludwig/
Bittler, Jan:** Anwaltsformulare Erbrecht – Schriftsätze, Verträge, Erläuterungen, 4. Aufl., Stuttgart, Angelbachtal, Traunstein, Heidelberg 2010.
- Küpper, Wolfgang:** § 1967 BGB, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9: Erbrecht §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, 5. Aufl., München 2010.

Lange, Heinrich: Lehrbuch des Erbrechts, München 1962.

Lange, Knut Werner: Erbrecht, München 2011.

**Lange, Heinrich/
Kuchinke, Kurt:** Erbrecht, Ein Lehrbuch, 5. Aufl., München 2001.

**Langhein,
Gerd-Hinrich:** § 745 BGB, in: Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 741 - 764 (Gemeinschaft, Leibrente, Spiel), Berlin 2008.

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1995.

Leipold, Dieter: Erbrecht, 19. Aufl., Tübingen 2012.

Lohmann, Ilse: § 2038 BGB, in: Bamberger, Georg/Roth, Herbert (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 3. Aufl., München 2012.

Löhnig, Martin: Erbrecht, 2. Aufl., München 2010.

Lübtow, Ulrich von: Erbrecht, Halbband II, Berlin 1971.

Lutter, Marcus: Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180 (1980), 84.

Marotzke, Wolfgang: §§ 1967, 1978, 2059, 2060 BGB, in: Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 5: Erbrecht, §§ 1967 - 2063 (Rechtsstellung des Erben), Berlin 2010.

Michalski, Lutz: BGB-Erbrecht, 4. Aufl., Heidelberg/Landsberg/München 2010.
Motive: Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, Leipzig, 1886.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band V, Erbrecht, Amtliche Ausgabe, Berlin/Leipzig, 1888.

Muscheler, Karlheinz: Der Mehrheitsbeschluß in der Erbengemeinschaft – Grundlagen, Gegenstände, Verfahren, ZEV 1997, 169.

Muscheler, Karlheinz: Der Mehrheitsbeschluß in der Erbengemeinschaft – Schranken, Änderungen der Mehrheitskompetenz, Rechtsfolgen, Verwalterbestellung, ZEV 1997, 222.

Muscheler, Karlheinz: Erbrecht Band II, Tübingen 2010.

Oertmann, Paul: § 745 BGB, in: Oertmann Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 (Recht der Schuldverhältnisse), 5. Aufl., Berlin 1928.

Olzen, Dirk: Erbrecht, 3. Aufl., Berlin 2009.

Otto, Dirk-Ulrich: § 2032 BGB, in: juris PraxisKommentar, BGB, Band 5 (Erbrecht), 6. Aufl., Saarbrücken 2012.

Pardey, Karl-Dieter: § 2038 BGB, in: Kommentar zum BGB (Reihe Alternativkommentare), Band 6 (Erbrecht), Neuwied 1990.

Pawlowski, Hans-Martin: Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., Heidelberg 1999.

Planck, Gottlieb: § 745 BGB, in: Planck'scher Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/2,2: Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil), 4. Aufl., Berlin 1928.

Planck, Gottlieb: § 2038 BGB, in: Planck'scher Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/5: Erbrecht, 4. Aufl., Berlin 1930.

Presser: Kompetenzfragen unter Miterben, JW 1933, 145.

Preuß, Nicola: § 8 HGB, in: Oetker, Hartmut (Hrsg.), Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., München 2011.

Protokolle: Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band V, Erbrecht, Berlin, 1899.

Radlmayr, Ulrich: § 745 BGB, in: Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner, NomosKommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, Band 2/2, 2. Aufl., Köln/Bonn/Freiburg 2012.

Reimann, Wolfgang: § 2205 BGB, in: Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 5: Erbrecht, §§ 2197-2228 (Testament 2), Berlin 2012.

Rißmann, Stephan: Die Erbengemeinschaft, Bonn 2009.

Rißmann, Stephan: Erbengemeinschaft, in: Bonefeld, Michael/Wachter, Thomas (Hrsg.), Der Fachanwalt für Erbrecht, 2. Aufl., Bonn 2010.

- Schlüter, Wilfried:** Erbrecht, 16. Aufl., München 2007.
- Schlüter, Wilfried:** vor § 2032, § 2038, § 2040 BGB, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch Band II, 13. Aufl., Münster 2011.
- Schmidt, Karsten:** §§ 744, 745 BGB, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 5: Schuldrecht Besonderer Teil III §§ 705 - 853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 5. Aufl., München 2009.
- Schmidt, Karsten:** Erbteilsabtretung, Miterbenabfindung und Anwachsung bei der Erbengemeinschaft, AcP 205 (2005), 304.
- Schulze-Fielitz,
Helmuth:** Art. 19 IV GG, in: Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band I: Präambel, Art. 1-19, 2. Aufl., Tübingen 2004.
- Schütte, Burkhard:** § 2038 BGB, in: juris PraxisKommentar BGB, Band 5 (Erbrecht), 6. Aufl., Saarbrücken 2012.
- Schütte, Burkhard:** Anmerkung zu BGH Urteil v. 28.4.2006, LwZR 10/05, NJW 2007, 150.
- Seiler, Christian:** §§ 747, 894 ZPO, in: Thomas/Putzo ZPO Kommentar - Zivilprozessordnung, FamFG Verfahren in Familiensachen, GVG, Einführungsgesetze, EU-Zivilverfahrensrecht, 33. Aufl., München 2012.
- Sprau, Hartwig:** §§ 705, 745 BGB, in: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Aufl., München 2013.

- Strohal, Emil:** Das deutsche Erbrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Band 2, 3. Aufl., Berlin 1904.
- Strothmann, York:** Einzelkaufmännisches Unternehmen und Erbenmehrheit im Spannungsfeld von Handels-, Gesellschafts-, Familien- und Erbrecht, ZIP 1985, 969.
- Stürner, Rolf:** vor § 2032, § 2040 BGB, in: Jauering, Othmar (Hrsg.), Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), 14. Aufl., München 2011.
- Thiele, Burkhard:** § 1450 BGB, in: Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 4: Familienrecht, §§ 1363-1563 (Eheliches Güterrecht), Berlin 2007.
- Thiessen, Jan:** § 27 HGB, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, 3. Aufl., München 2010.
- Tschichofolos, Ursula:** § 2038 BGB, in: Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.), BGB Kommentar, 7. Aufl., Köln 2012.
- Ulmer, Peter:** Die Gesamthandsgesellschaft – ein noch immer unbekanntes Wesen?, AcP 198 (1998), 113.
- Ulmer, Peter:** vor § 705 BGB, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 5: Schuldrecht Besonderer Teil III §§ 705 - 853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 5. Aufl., München 2009.
- Weidlich, Dietmar:** vor § 2032, § 2038, § 2040, § 2205, § 2206 BGB, in: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Aufl., München 2013.

- Weirich,**
Hans-Arnim: Erben und Vererben (Handbuch des Erbrechts und der vorweggenommenen Vermögensnachfolge), 5. Aufl., Herne 2004.
- Werber, Ingrid:** Die Erbengemeinschaft (Verwaltung – Haftung – Auseinandersetzung), Baden-Baden 2006.
- Werner, Olaf:** § 1967, vor §§ 2032-2057a, §§ 2038, 2039, 2040, 2042, 2044 BGB, in: Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 5: Erbrecht, §§ 1967 - 2063 (Rechtsstellung des Erben), Berlin 2010.
- Werner, Olaf:** Anmerkung zu BGH Urteil v. 28.4.2006, LwZR 10/05, ZEV 2006, 358.
- Wiedemann,**
Herbert: Gesellschaftsrecht, Band I – Grundlagen, München 1980.
- Wiedemann,**
Herbert: GmbH-Anteile in der Erbengemeinschaft, GmbH-Rdsch 1969, 247.
- Wolf, Manfred:** Die Rechtsfähigkeit der Gesamthandsgemeinschaften, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, München 2007, S. 1313.
- Wolf, Manfred:** vor § 2032, §§ 2038, 2040, 2042 BGB, in: Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, Band 21: Erbrecht 1, §§ 1922 - 2063 BGB, 13. Aufl., Stuttgart 2002.

Wolf, Manfred/

Neuner, Jörg:

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl.,
München 2012.

A. EINLEITUNG

Angesichts der spärlichen Ausgestaltung des Rechts der Nachlassverwaltung durch eine Erbengemeinschaft im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), könnte man die Relevanz dieser Thematik für die deutsche Erbrechtspraxis und den Wert einer näheren Befassung mit ihr im Rahmen einer Untersuchung in Zweifel ziehen. Die zahlenmäßige Verteilung der Regelungen auf die Alleinerbschaft einerseits und die Erbengemeinschaft andererseits und die systematische Stellung der Regelungen der Erbengemeinschaft hinter denen der Alleinerbschaft lassen die Alleinerbschaft als den Regelfall im Erbrecht und die Erbengemeinschaft lediglich als deren „Komplikation“ erscheinen.¹ Die zentralen Fragen des Erbrechts werden in den §§ 1922 ff. BGB an der Alleinerbschaft entwickelt.² Für das Recht der Erbengemeinschaft dagegen wird bezüglich des Miterbenanteils in § 1922 Abs. 2 BGB in erster Linie auf die Regelungen der Alleinerbschaft verwiesen und in den §§ 2032-2063 BGB werden Sonderregelungen für die Erbengemeinschaft aufgestellt.³ Die Nachlassverwaltung der Erbengemeinschaft findet innerhalb dieser Sonderregelungen in nur drei Paragraphen Erwähnung (§§ 2038, 2039, 2040 BGB) und wird durch eine Verweisung auf Regelungen der Gemeinschaft (§§ 743, 745, 746, 748 BGB) nur unwesentlich erweitert. Eine sehr bescheidene Abhandlung, angesichts des Gesamtvolumens erbrechtlicher Regelungen, welches über 400 Paragraphen umfasst.

Entgegen dem Eindruck, den die gesetzliche Ausgestaltung auf den ersten Blick vermittelt, hinterlässt ein Erblasser jedoch in der Regel nicht nur einen (Allein-) Erben, sondern eine Mehrheit von Erben⁴, dies gilt insbesondere im Fall der gesetzlichen Erbfolge.⁵ Ist eine Mehrheit von Erben in der Praxis aber die Regel, dann ist von besonderer Relevanz auch die Frage nach der organisatorischen Ausgestaltung

¹ Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 42 I 1 a; Olzen, Erbrecht, 3. Aufl., Rn. 950; MüKo BGB/Gergen, Band 9, 5. Aufl., v. § 2032, Rn. 1.

² Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 42 I 1 a.

³ Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 42 I 1 a, Fn. 1.

⁴ Löhnig, Erbrecht, 2. Aufl., Fn. 510; Brox/Walker, Erbrecht, 24. Aufl., Rn. 468; Bartholomeyczik, Die Miterbengemeinschaft, 4. Denkschrift des Erbrechtausschusses der Akademie für Deutsches Recht 1940, S. 120; Kretzschmar, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 589; Olzen, Erbrecht, 3. Aufl., Rn. 950; Staudinger/Werner, BGB (2010) v. §§ 2032-2057a BGB, Rn. 1; Bonefeld/Wachter/Rißmann, Der Fachanwalt für Erbrecht, 2. Aufl., § 9, Rn. 4, 15; Ebenroth, Erbrecht, § 11 I, Rn. 717; NK-BGB/Kick, Band 5, 3. Aufl., § 2058, Rn. 1; MüKo BGB/Gergen, Band 9, 5. Aufl., v. § 2032, Rn. 1.

⁵ Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 42 I 1 a; Olzen, Erbrecht, 3. Aufl. (2009), Rn. 950; Brox/Walker, Erbrecht, 24. Aufl., Rn. 468; Bonefeld/Wachter/Rißmann, Der Fachanwalt für Erbrecht, 2. Aufl., § 9, Rn. 4, 15.

dieser Gemeinschaft. Die vielfältigen Interessen, die bei einer Personenmehrheit stets aufeinandertreffen und nicht selten kollidieren, erfordern eine Organisation des Verhältnisses der einzelnen Personen zueinander und zu Dritten, um einen angemessenen Interessenausgleich sicherzustellen. Dies gilt ganz besonders für die Erbengemeinschaft. Diese entsteht nämlich – anders als die anderen Gesamthandsgemeinschaften des BGB (Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 705 ff. BGB und eheliche Gütergemeinschaft nach § 1415 ff. BGB)⁶, die durch Vertrag begründet werden – ohne einen darauf gerichteten Willen der Beteiligten kraft Gesetzes mit dem Erbfall.⁷ Mehrere Personen werden so mehr oder minder freiwillig zusammengewürfelt und sind gezwungen, gemeinsam zu agieren – die Interessengegensätze sind naturgemäß größer als bei vertraglichen, bewusst gewählten Zusammenschlüssen.⁸ Das menschliche Naturell zeigt sich zudem häufig gerade nicht unbedingt von seiner besten Seite, wenn materielle Interessen im Spiel sind. Förderlich ist hierbei sicherlich auch nicht die, bedingt durch moderne Familienstrukturen (sog. Patchwork-Familien) veränderte personelle Zusammensetzung von Erbengemeinschaften, die für zusätzliches Konfliktpotenzial sorgt.

Das aktuelle Konzept der Nachlassverwaltung der Erbengemeinschaft verschärft die Situation. Die Nachlassverwaltung ist vom Gemeinschaftsprinzip dominiert, wonach alle Entscheidungen und Maßnahmen grundsätzlich von allen Miterben gemeinschaftlich getroffen werden müssen. Bei zunehmender Größe einer Erbengemeinschaft und den damit ansteigenden Interessengegensätzen kann das Erzielen einer Einigung so zu einem mühsamen und langwierigen Prozess werden und zu einer Lähmung der Verwaltungstätigkeit führen. Gerade bei stark konfliktbelasteten Erbengemeinschaften lädt die Notwendigkeit zur Einstimmigkeit zu missbräuchlichem Verhalten ein.⁹ So kann nicht ausgeschlossen werden, dass einzelne Miterben eine grundsätzliche Blockadehaltung gegenüber den anderen Miterben einnehmen, um private Fehden auszutragen. Vereinzelt wittern Miterben sicherlich ein lukratives Geschäft darin, durch gezielt querulatorisches Verhalten Verwaltungsmaßnahmen zu lähmen, um sich, wohlwissend um das Drohpotenzial

⁶ Olzen, Erbrecht, 3. Aufl., Rn. 952.

⁷ Bartholomeyczik, Die Miterbengemeinschaft, 120 (121); Olzen, Erbrecht, 3. Aufl., Rn. 952; MüKo BGB/Gergen, Band 9, 5. Aufl., § 2032, Rn. 4; Staudinger/Werner, BGB (2010), v. §§ 2032-2057a BGB, Rn. 2; Bonefeld/Wachter/Rißmann, Der Fachanwalt für Erbrecht, 2. Aufl., § 9, Rn. 15.

⁸ Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 42 I 1 b.

⁹ Ann, Anm. zu BGH Urt. v. 28.9.2005, IV ZR 82/04, MittBayNot 2006, 245 (247).

ihrer Weigerungshaltung, ihre Zustimmung zu Verwaltungsmaßnahmen abkaufen zu lassen. Aber auch soweit querulatorisch motivierte Miterben nicht die Verwaltungstätigkeit zu lähmen drohen, kann sich das Erreichen der Einstimmigkeit schon rein logistisch als schwierig erweisen und zu großen Zeitverlusten führen, insbesondere wenn einzelne Miterben unbekannt sind oder weit verstreut leben und die Wahrung bestimmter Formvorschriften für die Zustimmungserteilung erforderlich ist¹⁰ (man denke etwa an Rechtsgeschäfte über Grundstücke, die der notariellen Beurkundung bedürfen oder an Erfordernisse von Beglaubigung und Apostille für Erklärungen im Ausland befindlicher Miterben).

Hinzu kommt, dass die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen sich im vergangenen Jahrhundert wesentlich verändert haben, während die Regelungen zur Nachlassverwaltung seit ihrer Einführung mit dem Inkrafttreten des BGB am 1.1.1900 unverändert geblieben sind und so der wirtschaftlichen Entwicklung hinterherhinken. Während die Nachlassverwaltung nämlich immer noch statisch ausgestaltet ist, haben insbesondere technische Innovationen ein zunehmend dynamisches Marktumfeld hervorgebracht, welches seinen Teilnehmern immer mehr Flexibilität abverlangt.

Um die Schwerfälligkeit der Nachlassverwaltung zu lindern, lässt die herrschende Meinung auf Verpflichtungsebene ein Mehrheitshandeln zu, insbesondere um eine unnötige und auch schädliche Blockadehaltung durch Minderheitserben im Rahmen der alltäglichen Verwaltung des Nachlasses zu verhindern. Auf Verfügungsebene hält die herrschende Meinung dagegen unter Berufung auf den Wortlaut des § 2040 BGB unumstößlich am Erfordernis gemeinschaftlichen Handelns fest. Dies führt zu dem widersprüchlichen Ergebnis, dass das einem Verfügungsgeschäft vorgelagerte Verpflichtungsgeschäft durch die Mehrheit vorgenommen werden kann, es für die Durchführung des Verfügungsgeschäfts dann aber doch wieder der Mitwirkung sämtlicher Miterben bedarf. Die Mehrheitserben können damit die Erbengemeinschaft wirksam zur Vornahme einer Handlung verpflichten, die sie dann aber bei einer Weigerung der Minderheitserben schlicht nicht vornehmen können. Als Ausweg bleibt dann nur noch die Beschreitung des Klagewegs, um die Maßnahme durchzusetzen. Eine querulatorische Minderheit könnte hier also doch triumphieren und wirtschaftlich sinnvolle Maßnahmen auf lange Sicht blockieren, zulasten der Nachlassgläubiger und letztlich auch der Miterben selbst.

¹⁰ Prot. V, 835.

Dieses Ergebnis ist widersprüchlich und wenig zufriedenstellend, und man fragt sich, warum die herrschende Meinung sich nicht überwinden kann, das Mehrheitsprinzip auch auf die Verfügungsebene auszuweiten, um ein einheitliches, stimmiges Konzept für die Nachlassverwaltung zu bieten. Lösungsansätze, die über eine Auslegung bzw. Rechtsfortbildung auf Grundlage der aktuellen Gesetzeslage versuchen, das Gemeinschaftsprinzip auf Verfügungsebene einzudämmen, haben sich bislang aber nicht durchsetzen können. Die Scheu der herrschenden Meinung wird jedoch nachvollziehbar, wenn man sich die aktuelle Gesetzeslage vor Augen führt. Einer weitergehenden Flexibilisierung auf ihrer Grundlage steht das klare Bekenntnis des Gesetzgebers zu Bestandsschutz und Gemeinschaftsprinzip entgegen – die Grenzen möglicher Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung sind hier erreicht. Um eine Flexibilisierung der Handlungsorganisation der Erbengemeinschaft zu erreichen, damit die Erbengemeinschaft ihren Aufgaben in dem neuen wirtschaftlichen Umfeld besser gerecht werden kann, muss die Nachlassverwaltung auf ein neues Fundament gestellt werden – der Gesetzgeber ist hier gefragt.

B. GANG DER UNTERSUCHUNG

Zur Einführung in die Problematik wird zunächst die Erbengemeinschaft in Grundzügen dargestellt. Insbesondere soll der Frage nachgegangen werden, warum der historische Gesetzgeber sich bei der Ausgestaltung der Erbengemeinschaft für die Rechtsform der Gesamthandsgemeinschaft entschieden hat. Dieses Verständnis ist wichtig, um die der Nachlassverwaltung zugrunde liegenden Prinzipien nachvollziehen zu können.

Anschließend wird die Nachlassverwaltung, insbesondere ihre gesetzliche Systematik betrachtet. Ihre Darstellung erfolgt getrennt nach Innen- und Außenverhältnis. Anhand der Darstellung des Innenverhältnisses wird zunächst ein Überblick über die Grundbegriffe und die grundsätzliche Systematik der Nachlassverwaltung gegeben. Das Außenverhältnis bildet dann den Schwerpunkt der Untersuchung. Hier werden die Möglichkeit und das Bedürfnis einer Flexibilisierung der Nachlassverwaltung thematisiert. Dabei wird deutlich, dass trotz eines entsprechenden Bedürfnisses zur Flexibilisierung das Potenzial der aktuellen Gesetzeslage hierzu ausgeschöpft wurde. Um die notwendige Flexibilisierung zu erreichen, wird daher die Möglichkeit einer Lösung *de lege ferenda* unter Annäherung an die Gesellschaft bürgerlichen Rechts

untersucht. Die Untersuchung schließt mit der Skizzierung eines möglichen neuen Regelungskonzepts.

C. DIE ERBENGEMEINSCHAFT

Gemäß § 1922 Abs. 1 BGB geht mit dem Tod einer Person, dem Erbfall, deren Vermögen in seiner Gesamtheit auf den oder die Erben über. Hinterlässt der Erblasser mehrere Erben, gleich ob aufgrund Gesetzes (§§ 1924 ff. BGB) oder einer Verfügung von Todes wegen (§§ 1937, 1941 BGB)¹¹, so geht der Nachlass auf diese über und wird damit gemeinschaftliches Vermögen der Miterben (§ 2032 BGB), es entsteht eine Erbengemeinschaft.

I. Interessenlage

Entsteht eine Erbengemeinschaft, so kollidieren in der Regel verschiedene Interessen miteinander, die sowohl bei der Wahl der gesetzlichen Ausformung zur Zeit der Entstehung des BGB zu berücksichtigen waren als auch bei der Interpretation und Fortentwicklung der relevanten gesetzlichen Regelungen entscheidend sind.¹² Den Nachlassgläubigern ist vor allem daran gelegen, dass der Nachlass als einheitliche Haftungsmasse zusammengefasst wird, aus der sie ihre Ansprüche befriedigen können, anstatt sich mit einer Vielzahl von Schuldnern auseinandersetzen zu müssen.¹³ Die einzelnen Erben hingegen werden, in der Regel, eine schnelle Teilung des Nachlasses anstreben, um sobald wie möglich über den zugewandten Vermögenswert frei nach Belieben verfügen zu können.¹⁴ Soweit die Bindungen zwischen den Miterben stark sind (in der Regel im Fall einer (weitestgehend) aus Familienmitgliedern bestehenden Erbengemeinschaft), kann jedoch durchaus der Wunsch bestehen, den Nachlass auf längere Zeit ungeteilt zu belassen¹⁵, etwa um wertvolles Familiengut oder sonstige wertvolle wirtschaftliche Einheiten (wie etwa ein

¹¹ MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., § 2032, Rn. 1.

¹² MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., v. § 2032, Rn. 3; Brox/Walker, *Erbrecht*, 24. Aufl., Rn. 468; Michalski, *BGB-Erbrecht*, 4. Aufl., § 22 I, Rn. 811; Olzen, *Erbrecht*, 3. Aufl., Rn. 951; Ebenroth, *Erbrecht*, § 11 I, Rn. 717.

¹³ MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., v. § 2032, Rn. 3; Michalski, *BGB-Erbrecht*, 4. Aufl., § 22 I, Rn. 811.

¹⁴ MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., v. § 2032, Rn. 3; Michalski, *Erbrecht*, 4. Aufl., § 22 I, Rn. 811; Lange/Kuchinke, *Erbrecht*, 5. Aufl., § 42 I 1 b; Olzen, *Erbrecht*, 3. Aufl., Rn. 951.

¹⁵ Brox/Walker, *Erbrecht*, 24. Aufl., Rn. 468; Bartholomeyczik, *Die Miterbengemeinschaft*, 122.

in den Nachlass fallendes Unternehmen) zu erhalten¹⁶, aber auch generell, um eine bestmögliche Teilung für alle Beteiligten zu erzielen. Soweit es für die Miterben aus wirtschaftlichen Gründen sinnvoll erscheint, den Nachlass als Einheit zu erhalten¹⁷, decken sich die Interessen der Erben mit denen der Nachlassgläubiger.

Innerhalb der Gemeinschaft selbst, ungeachtet der Außenbeziehungen zu den Nachlassgläubigern oder sonstigen Dritten, besteht ein Interesse aller Mitglieder der Erbengemeinschaft, an der Verwaltung des Nachlasses beteiligt zu werden. Diesem Wunsch und Interesse des Einzelnen steht wiederum das Bedürfnis der Gemeinschaft entgegen, nicht durch Sonderwünsche einzelner Miterben behindert zu werden.¹⁸

II. Rechtsnatur

Diese Vielzahl größtenteils gegensätzlicher Interessen ist einem gerechten Ausgleich zuzuführen. Der historische Gesetzgeber hat dabei die Interessensgruppe der Gläubiger als besonders schützenswert hervorgehoben. Er hat sich dementsprechend bei der Ausgestaltung der Erbengemeinschaft für die Gesamthandsgemeinschaft als Rechtsform und hinsichtlich ihrer Verwaltung für eine Betonung des für diese grundsätzlich geltenden Gemeinschaftsprinzips entschieden. Um die Motivation des Gesetzgebers hierfür besser nachvollziehen zu können, wird im Folgenden ein Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Rechts der Erbengemeinschaft gegeben.

1. Rechtsgeschichtliche Entwicklung

Als die Kodifizierung des BGB zum Ende des 19. Jahrhunderts in Angriff genommen wurde, strebte man weniger eine Reform des Erbrechts, als dessen Vereinheitlichung an.¹⁹

Im Deutschland des 19. Jahrhunderts herrschte eine regelrechte Rechtssplitterung (vgl. Schaubild 1).²⁰ Zum einen gab es die „drei großen Rechtsgebiete“, beherrscht vom Preußischen Allgemeinen Landrecht, dem französischen Recht und dem

¹⁶ Bartholomeyczik, Die Miterbengemeinschaft, 120 (121); Michalski, BGB-Erbrecht, 4. Aufl., § 22 I, Rn. 811.

¹⁷ Michalski, BGB-Erbrecht, 4. Aufl., § 22 I, Rn. 811; Olzen, Erbrecht, 3. Aufl., Rn. 951.

¹⁸ MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., v. § 2032, Rn. 3.

¹⁹ Olzen, Erbrecht, 3. Aufl., Rn. 23; Kipp/*Coing*, Erbrecht, 14. Aufl., § 1 IV 3; Staudinger/*Coing/Honsell*, Einl. BGB (2004), Rn. 30.

²⁰ Staudinger/*Coing/Honsell*, Einl. BGB (2004), Rn. 24.

Gemeinen Recht.²¹ Hinzu kamen allerdings noch zahlreiche erbrechtliche Regelungen in lokalen Rechtsordnungen (lokale Statuten oder Gewohnheitsrecht), die das Gemeine Recht und das Preußische Allgemeine Landrecht in ihrer Anwendung verdrängten.²²

Verteilung der Bevölkerung des Deutschen Reichs (in abgerundeten Zahlen) - nach der Volkszählung vom Dezember 1890 –		
<i>nach Rechtsgebieten:</i>		
Preußisches Landrecht	21 053. 000	42,6 %
Gemeines (rm) Recht	14 416. 000	29,2 %
Französisches Recht	8 199. 000	16,6 %
Sächsisches Recht	5 382. 000	10,9 %
Jütisch Low	354. 000	0,8 %
Dänisches Recht	16. 000	
Friesisches Recht	9. 000	
	49 429. 000	

Schaubild 1 – Quelle: Staudinger, BGB, Einl., Rn. 24.

Der historische Gesetzgeber des BGB sah seine Aufgabe daher weniger in einer Reform des Erbrechts, als in einer Vereinheitlichung der bestehenden Rechtsordnungen.²³ Er stand hinsichtlich der rechtlichen Ausgestaltung der Erbengemeinschaft vor der Wahl zwischen der römischrechtlichen bzw. gemeinrechtlichen²⁴ Bruchteilsgemeinschaft und der deutschrechtlichen, auf Grundlage des PrAllgLR durch Wissenschaft und Rechtsprechung entwickelten²⁵ Gesamthandsgemeinschaft.²⁶

Nach dem römischrechtlichen bzw. gemeinrechtlichen System galt der Nachlass bereits als im Verhältnis der vorhandenen Erbteile geteilt.²⁷ Soweit teilbar, zerfielen Forderungen und Verbindlichkeiten in entsprechende Teile und an den im Nachlass befindlichen Sachen bestand Bruchteilseigentum in der Weise, dass jeder Miterbe über seinen Anteil an einer Sache selbständig verfügen konnte, nicht jedoch über die ganze Sache, hierzu bedurfte es der Zustimmung sämtlicher Miterben.²⁸ Eine Rechtsgemeinschaft war demnach nur an den einzelnen Nachlassgegenständen

²¹ Staudinger/*Coing/Honsell*, Einl. BGB (2004), Rn. 24.

²² Staudinger/*Coing/Honsell*, Einl. BGB (2004), Rn. 24.

²³ Olzen, Erbrecht, 3. Aufl., Rn. 23.

²⁴ Das sog. „gemeine Recht“ ist das zwischen dem 12. und 15. Jahrhundert in Deutschland rezipierte römische Recht (Olzen, Erbrecht, 3. Aufl., Rn. 23).

²⁵ Kretzschmar, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 590.

²⁶ Brox/Walker, Erbrecht, 24. Aufl., Rn. 469; Prot. V, 835; Rißmann, Die Erbengemeinschaft, § 1 F, Rn. 18.

²⁷ Kretzschmar, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 589.

²⁸ Kretzschmar, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 589; Bartholomeyczik, Die Miterbengemeinschaft, 120 (123); Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 42 I 2 a; Boehm, Erbrecht, S. 273; Mot. V, 526.

vorgesehen.²⁹ Einen Anteil am Nachlass als Ganzes gab es nicht und eine Verfügung über diesen war dementsprechend unbekannt.³⁰ „Der Nachlaß in der Hand des Erben war keine Einheit im Rechtssinne, kein Sondervermögen, sondern, eine Summe von Rechten, die nur im Hinblick auf die Einheit ihres früheren Subjektes als Einheit erschien“.“³¹

Das auf der deutschrechtlichen, den Familienverbund betonenden Auffassung aufbauende Preußische ALR sah hingegen vor, dass mehrere Erben Miteigentum an einer Erbschaft erlangten (PrALR I 9 § 382).³² Die Rechtsprechung entwickelte hieraus den Grundsatz, dass nicht die einzelnen Nachlassgegenstände, sondern der gesamte Nachlass im Miteigentum der Erben stehe.³³ Der Miterbe hielt damit zwar einen Bruchteil am Nachlass, nicht jedoch an den einzelnen Nachlassgegenständen.³⁴ Dementsprechend konnte der einzelne Miterbe über seinen Anteil am Gesamtnachlass jeweils allein verfügen.³⁵ Die Miterben konnten jedoch nur gemeinschaftlich über die einzelnen Nachlassgegenstände verfügen.³⁶

Der Erste Entwurf zum BGB entschied sich zunächst für die Rechtsform der römischrechtlichen bzw. gemeinrechtlichen Bruchteilsgemeinschaft unter Hervorhebung der damit verbundenen klaren Rechtslage und Einfachheit der Rechtsverhältnisse.³⁷ Der Gesamthandsgemeinschaft wurde demgegenüber eine „[w]eniger durchsichtige und folgerichtige Ausgestaltung des Gesetzes“³⁸ und eine unzureichende Begrenzung des Liquidationsstadiums vorgeworfen.³⁹ Für den einzelnen Miterben wurde zudem die „Abhängigkeit von der Mitwirkung der übrigen Mieterben“⁴⁰ als Nachteil gesehen.

²⁹ Kretzschmar, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 589.

³⁰ Bartholomeyczik, Die Miterbengemeinschaft, 120 (123); Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 42 I 2 a.

³¹ Bartholomeyczik, Die Miterbengemeinschaft, 120 (124); Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen BGB, 3. Teil, § 33, S.1.

³² Bartholomeyczik, Die Miterbengemeinschaft, 120 (125, 126); Kretzschmar, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 590; Mot. V, 527.

³³ Bartholomeyczik, Die Miterbengemeinschaft, 120 (126); Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 42 I 2 b; Boehm, Erbrecht, S. 273.

³⁴ Bartholomeyczik, Die Miterbengemeinschaft, 120 (126); Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 42 I 2 b; Boehm, Erbrecht, S. 273.

³⁵ Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 42 I 2 b.

³⁶ Kretzschmar, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 590; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 42 I 2 b.

³⁷ Mot. V, 527, 528; Prot. V, 835; Kretzschmar, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 590; Boehm, Erbrecht, S. 274; Koch, Die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch (1935), S. 28.

³⁸ Kretzschmar, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 590.

³⁹ Mot. V, 529, 530.

⁴⁰ Prot. V, 835; Mot. V, 527, 528, 529.

Nachdem der Erste Entwurf allerdings deutlich auf Kritik stieß, entschied der Gesetzgeber sich schließlich für das Modell der Gesamthandsgemeinschaft.⁴¹ Der Gesetzgeber gelangte zur Überzeugung, dass die Gesamthandsgemeinschaft letztlich, trotz der ihr anhaftenden Nachteile, gegenüber der Bruchteilsgemeinschaft als Rechtsform überwiegend Vorteile sowohl für die Nachlassgläubiger als auch für die Miterben mit sich bringe und damit am besten geeignet erschien, den verschiedenen Interessen gerecht zu werden.⁴²

2. Die Vorteile der Gesamthandsgemeinschaft im Erbrecht

Es sind die folgenden Eigenschaften der Gesamthandsgemeinschaft, die der historische Gesetzgeber bei seiner Entscheidung vor Augen hatte:

a. Gesamthandsvermögen und Sondervermögen

Gemäß § 1922 Abs. 1 BGB geht mit dem Tod einer Person (Erbfall) deren Vermögen (Erbenschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über. Im Fall mehrerer Erben geht der Nachlass damit als Ganzes auf die Erben über und wird deren gemeinschaftliches Vermögen.⁴³ Die Erbengemeinschaft bildet damit eine Gemeinschaft zur gesamten Hand mit dem Nachlass als Gesamthandsvermögen,⁴⁴ welches als Sondervermögen getrennt vom Eigenvermögen der einzelnen Miterben besteht⁴⁵.

Von dieser Abtrennung und Verselbständigung des Nachlassvermögens (Vermögensseparation) geht das Gesetz ersichtlich aus in § 2040 Abs. 2 BGB und § 747 ZPO. Gemäß § 2040 Abs. 2 BGB kann der Schuldner einer Nachlassforderung gegen diese nicht mit einer ihm nur gegen einen einzelnen Miterben zustehenden

⁴¹ Bartholomeyczik, Die Miterbengemeinschaft, 120 (131); Kretzschmar, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 590; Boehm, Erbrecht (1900), S. 274; Mot. V, 527; Prot. V, 835; Koch, Die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, S. 29.

⁴² Kretzschmar, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 590; Boehm, Erbrecht, S. 274; Brox/Walker, 24. Aufl., Rn. 469; MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., v § 2032, Rn. 4; Prot. V, S. 835 f.

⁴³ Kretzschmar, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 590 - Ausgenommen hiervon sind lediglich Gegenstände, die im Wege der Singularsukzession übergehen (z.B. Eintrittsrecht in den Mietvertrag gem. §§ 563, 563a BGB und Nachfolgeklauseln bzgl. Gesellschaftsanteilen), diese fallen dann nicht in den Nachlass, sondern gehen unmittelbar auf den oder die Begünstigten über (Bonefeld/Wachter/*Rißmann*, Der Fachanwalt für Erbrecht, 2. Aufl., § 9, Rn. 9).

⁴⁴ MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., § 2032, Rn. 7; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 42 I 4b.

⁴⁵ Kretzschmar, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 591; Olzen, Erbrecht, 3. Aufl., Rn. 953; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 42 I 4b; MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., § 2032, Rn. 7; Bonefeld/Wachter/*Rißmann*, Der Fachanwalt für Erbrecht, 2. Aufl., § 9, Rn. 7; Barbara Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, S. 334.

Forderung aufrechnen, da es an der für eine Aufrechnung nach § 387 BGB erforderlichen Gegenseitigkeit fehlt.⁴⁶ Entsprechend können auch Zurückbehaltungsrechte, welche dem Schuldner lediglich gegen einzelne Erben zustehen, nicht geltend gemacht werden.⁴⁷ Gemäß § 747 ZPO können Drittgläubiger nur auf das Nachlassvermögen zugreifen, wenn sie einen Titel gegen alle Miterben⁴⁸ erstreiten, ein Titel gegen nur einen Miterben genügt nicht.⁴⁹ So können persönliche Gläubiger einzelner Miterben nicht auf den Nachlass zugreifen.⁵⁰

Indem das Nachlassvermögen als einheitliche Vermögensmasse zur Verfügung gestellt wird, wird den Gläubigern einerseits die Verfolgung ihrer Ansprüche erleichtert, da sie sich nicht einer Vielzahl von (ggf. wechselnden) Schuldnern gegenüber sehen⁵¹ und zudem werden potenzielle Wertverluste des Nachlasses vermieden, welche im Fall einer Aufspaltung von Forderungen drohen⁵².

Die Trennung vom Vermögen der einzelnen Miterben schützt die Nachlassgläubiger zudem insofern, als sie nicht mit Drittgläubigern einzelner Miterben bei der Verfolgung ihrer Ansprüche konkurrieren müssen – Drittgläubiger können vielmehr nur auf das Nachlassvermögen zugreifen, wenn sie einen Titel gegen alle Miterben erstreiten (§ 747 ZPO).⁵³

Die Zusammenfassung des Nachlasses als einheitliches Sondervermögen bietet auch den Miterben besseren Schutz, indem ihnen eine Haftungsgrundlage für Ersatzansprüche wegen gemachter Verwendungen und Ausgleichsansprüche zur Verfügung gestellt wird.⁵⁴

⁴⁶ MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., § 2040, Rn. 21; Olzen, *Erbrecht*, 3. Aufl., Rn. 953.

⁴⁷ MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., § 2040, Rn. 22; Olzen, *Erbrecht*, 3. Aufl., Rn. 95, Fn. 226; Lange/*Kuchinke*, *Erbrecht*, 5. Aufl., § 42 I 4b; Staudinger/*Werner*, BGB (2010), § 2040, Rn. 27; Palandt/*Weidlich*, BGB, 72. Aufl., § 2040, Rn. 6.

⁴⁸ bzw. gegen den Erblasser, § 727 ZPO.

⁴⁹ Muscheler, *Erbrecht* Band II, § 50 II 1, Rn. 3858; Lange/*Kuchinke*, *Erbrecht*, 5. Aufl., § 42 I 5b.

⁵⁰ Lange/*Kuchinke*, *Erbrecht*, 5. Aufl., § 42 I 5b.

⁵¹ Bonefeld/*Wachter/Rißmann*, *Der Fachanwalt für Erbrecht*, 2. Aufl., § 9, Rn. 7; MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., v. § 2032, Rn. 3; Mot. V, 529.

⁵² Mot. V 529; Eine gesamtschuldnerische Haftung ist im Fall der Aufspaltung einer Forderung nach dem Vorbild der römischrechtliche bzw. gemeinrechtliche Bruchteilsgemeinschaft gerade nicht vorgesehen - es droht der Ausfall von Teilbeträgen, welche die anderen Miterben nicht auszugleichen verpflichtet sind (Bartholomeyczyk, *Die Miterbengemeinschaft*, 122 (133)) .

⁵³ Muscheler, *Erbrecht* Band II, § 50 II 1, Rn. 3858.

⁵⁴ Staudinger/*Werner*, BGB (2010) v. § 2032, Rn. 13; Prot. V, 835; Mot. V, 528; v. Lübtow, *Erbrecht* Halbband II, S. 798, 799.

b. Gesamthänderische Bindung

Mit dem Argument, dass die Erbengemeinschaft, anders als die Gesellschaft (§§ 705 ff. BGB), nicht durch einen hierauf gerichteten Willen der Miterben, sondern durch Gesetz entsteht und nicht auf Dauer angelegt, sondern vielmehr auf Auflösung gerichtet sei, wird der Erbengemeinschaft nach herrschender Auffassung eine eigene Rechtspersönlichkeit aberkannt.⁵⁵ Rechtsträger ist demnach nicht die Erbengemeinschaft als Rechtspersönlichkeit, sondern vielmehr die Erben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit.⁵⁶

Der Nachlass wird somit als ein einheitliches Sondervermögen von den Erben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit gehalten. Entsprechend bestimmen § 2032 Abs. 1 BGB und § 2033 BGB, dass, soweit der Erblasser mehrere Erben hinterlässt, der Nachlass derart gemeinschaftliches Vermögen der Miterben wird, dass der einzelne Erbe zwar über seinen Anteil am gesamten Nachlass verfügen kann, nicht jedoch über seinen Anteil an einzelnen Nachlassgegenständen. Gemäß § 859 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 ZPO ist entsprechend auch eine Pfändung von Anteilen an einzelnen Nachlassgegenständen nicht möglich.⁵⁷ Dadurch wird, zum Vorteil sowohl der Nachlassgläubiger als auch der Miterben, einer Entwertung des Nachlasses entgegengewirkt, „[...] denn die Bruchteilsveräußerung bringt idR einen geringeren Erlös als eine Veräußerung der Sache im ganzen.“⁵⁸

Zum Nachlass gehörige Ansprüche können zudem ausschließlich durch eine an alle Miterben gemeinschaftlich zu bewirkende Leistung erfüllt werden.⁵⁹ Im Umkehrschluss würde sich daraus streng genommen ergeben, dass auch die Erben Nachlassansprüche nur gemeinschaftlich geltend machen könnten.⁶⁰ Das Gesetz hat allerdings in § 2039 BGB eine Erleichterung für diesen umgekehrten Fall vorgesehen, um die Rechtsverfolgung nicht unangemessen zu erschweren und daher eine Aktivlegitimation für den einzelnen Erben vorgesehen.⁶¹ Dennoch hat die Leistung „an alle“ zu erfolgen. Eine Aufspaltung des Anspruchs findet damit nicht statt, dieser steht

⁵⁵ Brox/Walker, Erbrecht, 24. Aufl., Rn. 469; BGH NJW 2006, 3715 (3716); Olzen, Erbrecht, 3. Aufl., § 9 B, Rn. 952 – siehe auch unten E. III. 2. c. bb.

⁵⁶ Olzen, Erbrecht, 3. Aufl., § 9 B, Rn. 952; Staudinger/Bork, 100 Jahre BGB – 100 Jahre Staudinger, Beiträge zum Symposium vom 18.-20.6.1998 in München, 1999, S. 194.

⁵⁷ Staudinger/Werner, BGB (2010), v. §§ 2032-2057a, Rn. 16.

⁵⁸ Staudinger/Werner, BGB (2010), v. §§ 2032-2057a, Rn. 16; Bartholomeyczik, Die Miterbengemeinschaft, 120 (132).

⁵⁹ Staudinger/Werner, BGB (2010), § 2039, Rn. 1.

⁶⁰ Staudinger/Werner, BGB (2010), § 2039, Rn. 1.

⁶¹ Staudinger/Werner, BGB (2010), § 2039, Rn. 1.

den Erben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit zu. Dies bedeutet auch einen Schutz für die Schuldner des Nachlasses, die sich in der Folge nicht einer Mehrzahl von Gläubigern ausgesetzt sehen.⁶²

c. Schutz der Nachlassgläubiger

Der wesentliche Beweggrund des historischen Gesetzgebers für die Ausgestaltung der Erbengemeinschaft als Gesamthand war die damit verbundene Zusammenfassung des Nachlasses als vom Privatvermögen der Erben getrennte Vermögenseinheit (Nachlasssonderung), um „[...] dem Interesse der Nachlassgläubiger an der Erhaltung des Nachlasses als Haftungsgrundlage Rechnung [...]“ zu tragen.⁶³

So enthalten die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches die folgende Bemerkung (wobei mit „Erbengemeinschaft“ jeweils die deutschrechtliche Gesamthandsgemeinschaft gemeint ist):

„Das wesentliche Moment für die Erbengemeinschaft liege in dem Interesse der Nachlaßgläubiger. Sie hätten, solange der Erblasser lebe, nur diesen einen Schuldner, durch seinen Tod, also durch eine ohne ihr Zuthun eintretenden Thatsache, erhielten sie nach den gemeinrechtlichen Vorschriften eine Mehrzahl von Schuldnern, deren jeder nur für einen Bruchtheil der Forderung hafte. Diese bei der Konstruktion des gemeinen Rechtes unverkennbar bestehende Gefährdung der Nachlaßgläubiger werde bei der Erbengemeinschaft vermieden [...].“⁶⁴

Hier kommt der wesentliche Gedanke zum Ausdruck, dass die Gläubiger durch den Eintritt des Erbfalls keine Nachteile erleiden sollen. Den Interessen der Nachlassgläubiger an der Befriedigung ihrer Ansprüche aus einem ungetheilten und möglichst ungeschmälernten Nachlass gebührt damit der Vorrang vor den Interessen einzelner Miterben an einer schnellen Verteilung der Vermögenswerte, getreu dem deutschen Rechtsspruchwort „Der Gelder (Gläubiger) ist der erste Erbe“⁶⁵, was auch dem Gedanken „Miterben dürfen nichts gewinnen, solange noch unbezahlte

⁶² v. Lübtow, Erbrecht, Halbband II, S. 799.

⁶³ Muscheler, Erbrecht Band II, § 50 II 1, Rn. 3857; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 42 I 5b; Bartholomeyczik, Die Miterbengemeinschaft, 120 (132); Prot. V, 836; v. Lübtow, Erbrecht Halbband II, S. 799; Staudinger/Werner, BGB (2010), v. §§ 2032-2057a, Rn. 13.

⁶⁴ Prot. V, 836.

⁶⁵ Bartholomeyczik, Die Miterbengemeinschaft, 120 (122); Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 42 I 1 b (dort insb. auch Fn. 4); MüKo BGB/Gergen, Band 9, 5. Aufl., v. § 2032, Rn. 4; Erman/Schlüter, BGB, 13. Aufl., v. § 2032, Rn. 4.

Nachlassschulden vorhanden sind“ entspricht, welcher dem System des Preußischen ALR zugrunde lag⁶⁶.

Diese Wertung lässt auch das Gesetz klar erkennen in §§ 2046, 2047 BGB. Ziel der Erbengemeinschaft ist demnach die vorrangige Begleichung von Nachlassschulden (§ 2046 BGB) und anschließende Verteilung eventuell verbleibender Nachlasswerte unter den Miterben (§ 2047 BGB), der sodann die Liquidation folgt.⁶⁷ Die Ausformung des § 2046 BGB als lediglich schuldrechtliche Verpflichtung steht dem nicht entgegen. Der Gesetzgeber ging hier vielmehr vom pflichtbewusst handelnden Erben aus und hat für einen Verstoß gegen die Pflicht aus § 2046 BGB auch ein entsprechendes Haftungsregime vorgesehen in §§ 2058, 2059, 2060 BGB.⁶⁸

Vor diesem Hintergrund kann der Ansicht *Dauner-Liebs* nicht gefolgt werden, wonach die Nachlasssonderung nicht dem Schutz der Nachlassgläubiger, sondern ausschließlich dem Schutz des einzelnen Miterben dienen soll.⁶⁹ Im Wesentlichen wird dazu vorgebracht, die Erben könnten, soweit sie sich einig seien, den Nachlass ohnehin nach Belieben auszehren.⁷⁰ Durch die Sicherstellung einer gemeinschaftlichen Verwaltung und Nutzung des Nachlasses würde daher vielmehr der einzelne Miterbe „[...] vor Schmälerungen des ihm gebührenden Anteils am Nachlaß durch Übergriffe und Alleingänge der Miterben [...]“ geschützt.⁷¹ Dies komme auch „[...] in der Formel, der Nachlaß bilde ein vom Privatvermögen des einzelnen Miterben durch Verwaltungs-, Nutzungs- und Liquidationszweck dinglich gebundenes Sondervermögen, plastisch zum Ausdruck.“⁷² Hier werden aber offensichtlich zwei Themenkreise vermengt. Die Abtrennung des Nachlassvermögens vom Eigenvermögen der Erben und seine Zusammenfassung als einheitliches Sondervermögen stellen eine einheitliche Haftungsgrundlage für die Nachlassgläubiger sicher und dienen demnach in erster Linie dem Schutz der Nachlassgläubiger. Eine ganz andere Frage ist die nach dem Sinn und Zweck der Mehrheitsregelungen des § 2038 BGB. Diese unterscheiden zwischen ordentlicher und außerordentlicher Verwaltung und grenzen damit Mehrheits- von

⁶⁶ Mot. V, 528.

⁶⁷ Ebenroth, Erbrecht, Rn. 748; Krug/Rudolf/Kroiß/Bittler, Anwaltsformulare Erbrecht, 4. Aufl., § 12, Rn. 13.

⁶⁸ Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 42 I 5e.

⁶⁹ Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, S. 338, 342, 343.

⁷⁰ Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, S. 338, 342, 343.

⁷¹ Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, S. 338, 342, 343.

⁷² Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, S. 338, 342, 343.

Gemeinschaftshandeln ab, was in erster Linie dem Schutz der Minderheitsserben dient.⁷³

D. NACHLASSVERWALTUNG DURCH DIE ERBENGEMEINSCHAFT

Soweit nicht ein Testamentsvollstrecker ernannt (§ 2205 BGB), Nachlassverwaltung angeordnet (§ 1984 BGB) oder die Nachlassinsolvenz eröffnet ist (§ 80 Abs. 1 InsO), sind die Erben zur Verwaltung des Nachlasses berufen.⁷⁴

Die Nachlassverwaltung betrifft ausschließlich den Nachlass an sich bzw. einzelne Nachlassgegenstände. Nicht darunter fallen folglich Maßnahmen im Rahmen der Totenfürsorge, da der Leichnam des Erblassers nicht in den Nachlass fällt.⁷⁵ Ebenso nicht der Widerruf einer Erblasservollmacht, da diese den Erblasser bzw. die Miterben als dessen Rechtsnachfolger persönlich betrifft und nicht als Vermögenswert in den Nachlass fällt.⁷⁶ Ebenfalls fallen darunter nicht Maßnahmen betreffend die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft bzw. deren Ausschluss⁷⁷, da diese den Bestand der Erbengemeinschaft an sich betreffen und daher über eine Verwaltung des von dieser gehaltenen Nachlassvermögens hinausgehen.⁷⁸

Die Nachlassverwaltung ist im Gesetz nur spärlich geregelt. Gewidmet sind ihr lediglich die §§ 2038 – 2040 BGB, welche durch den Verweis in § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB um ein paar wenige Regelungen des Rechts der Bruchteilsgemeinschaft ergänzt werden. Diese recht sparsame gesetzliche Ausgestaltung gibt bereits seit Jahrzehnten Anlass zu andauernden, heftigen Debatten um die Handlungsorganisation der Erbengemeinschaft.

I. Sinn und Zweck der Nachlassverwaltung

Angesichts des deutlichen Übergewichts der Regelungen zur Auseinandersetzung ist nicht verwunderlich, dass die Erbengemeinschaft von manchen als „sterbende Gemeinschaft“ oder „Liquidationsgemeinschaft“ bezeichnet wird, mit dem einzigen

⁷³ siehe unten F. III. 1. d. dd. (i).

⁷⁴ Michalski, *Erbrecht*, § 22 III, Rn. 838; v. Lübtow, *Erbrecht*, Halbband II, § 4, S. 801/802; MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., § 2038, Rn. 19; Palandt/*Weidlich*, BGB, 72. Aufl., § 2038, Rn. 1.

⁷⁵ Staudinger/*Werner*, BGB (2010), § 2038, Rn. 5; Ann, *Die Erbengemeinschaft*, S. 15.

⁷⁶ Staudinger/*Werner*, BGB (2010), § 2038, Rn. 5.

⁷⁷ Palandt/*Weidlich*, BGB, 72. Aufl., § 2038, Rn. 3.

⁷⁸ Ann, *Die Erbengemeinschaft*, S. 15.

Zweck der Selbstauflösung.⁷⁹ Sie sei nicht als Gemeinschaft auf Dauer mit werbendem Zweck konzipiert, sondern vielmehr auf eine Befriedigung der Nachlassgläubiger und anschließende Verteilung des verbleibenden Nachlassvermögens auf die Erben, mithin auf Liquidation ausgerichtet.⁸⁰ Der einzige Zweck der Nachlassverwaltung sei demnach die Vorbereitung der Liquidation.

Ziel und Zweck der Nachlassverwaltung sollten jedoch nicht miteinander verwechselt werden.⁸¹ Das finale Schicksal und Ziel der Erbengemeinschaft ist gewiss ihre Auflösung durch vollständige Verteilung und damit ein Wegfall des Gesamthandvermögens. Dies kann jedoch nicht auch zugleich der Zweck ihrer Existenz sein. So stellt *Eberl-Borges* zutreffend fest, dass die Erbengemeinschaft sich nicht von Beginn an in Auflösung befindet, sondern diese erst mit dem Auseinandersetzungsbegehren eines Miterben eingeleitet wird (vgl. § 2042 Abs. 1 BGB).⁸² Es besteht daher ein Seins-Zustand der Erbengemeinschaft zwischen ihrer Entstehung und Auflösung. Dieser Zustand kann sich unter Umständen erheblich in die Länge ziehen. Sinn und Zweck kann schließlich nicht eine Auf- und Verteilung des Nachlassvermögens ohne Rücksicht auf Verluste sein. Eine Auflösung des Nachlassvermögens darf nicht zur unbedachten Zerschlagung von Vermögenswerten führen, mit der Folge von, unter Umständen erheblichen, Wertverlusten. Den Gläubigern soll durch den Eintritt des Erbfalls schließlich kein Nachteil erwachsen. Insbesondere in Fällen, in denen der Nachlass ganz oder im Wesentlichen aus einem Unternehmen, wissenschaftlichen Sammlungen, Kunstsammlungen, altem Familiengut oder Ähnlichem besteht, würde eine unbedachte Aufteilung einer Wertminderung oder Wertzerstörung gleichkommen.⁸³ Im Hinblick auf unteilbare Nachlassgegenstände, die im Rahmen der Auseinandersetzung unter Umständen veräußert werden müssen (für eine anschließende Erlösverteilung unter den Miterben), kann es wirtschaftlich sinnvoll oder gar notwendig sein, einen günstigen Zeitpunkt für eine solche Veräußerung abzuwarten und die Auseinandersetzung

⁷⁹ BGHZ 17, 299 (302); Staudinger/Werner, BGB (2010), v. §§ 2032-2057a, Rn. 3, § 2042, Rn. 29; MüKo BGB/Gergen, Band 9, 5. Aufl., v. § 2032, Rn. 4; Erman/Schlüter, BGB, 13. Aufl., v. § 2032, Rn. 5; Palandt/Weidlich, BGB, 72. Aufl., v. § 2032, Rn. 1; Jauerling/Stürner, 14. Aufl., v. § 2032, Rn. 1; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 42 I 5a; Ebenroth, Erbrecht, Rn. 719; Krug/Rudolf/Kroiß/Bittler, Anwaltsformulare Erbrecht, 4. Aufl., § 12, Rn. 13; Staudinger/Werner, BGB (2010), v. §§ 2032-2057a, Rn. 3.

⁸⁰ Soergel/Wolf, 13. Aufl., v. § 2032, Rn. 4; BGB-RGRK/Kregel, 12. Aufl., § 2032, Rn. 4.

⁸¹ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 120.

⁸² Eberl-Borges, Die Erbausinandersetzung, S. 31 (37).

⁸³ Boehmer, Zur Rechtsform des Pflichtteilsrechts, AcP 144, 64 (77); Bartholomeyczik, Die Miterbengemeinschaft, 120 (121).

damit hinauszuschieben.⁸⁴ An einer raschen Abwicklung des Nachlasses kann demnach nicht allein gelegen sein. Dies gilt umso mehr für Nachlässe mit umfangreichen und komplexen Vermögensbeständen.

Zwischen Erbfall und der endgültigen Auflösung der Erbengemeinschaft können folglich Jahre, gar Jahrzehnte vergehen.⁸⁵ Dem widerspricht das Gesetz auch nicht. Zum einen setzt es den Erben für die Auseinandersetzung keine zeitliche Grenze.⁸⁶ Zudem hält es jedem Miterben die Option offen, seinen Anteil am Nachlass nach § 2033 Abs. 1 BGB ohne jede Zustimmung der anderen Miterben zu übertragen, um so einen vorzeitigen Ausstieg zu finden und noch vor der Auseinandersetzung eigene finanzielle Interessen zu befriedigen.⁸⁷ Wäre die Liquidation regelmäßig in Reichweite, wäre eine solche Möglichkeit zu einem vorzeitigen „Exit“ nicht erforderlich. Diese „Ausstiegsmöglichkeit“ wurde wohl bei der Entstehung des BGB vor allem hinsichtlich der Möglichkeit einer Verhinderung der Auseinandersetzung auf Dauer durch Anordnung des Erblassers gemäß §§ 2044 Abs. 1 S. 1, 2044 Abs. 2 BGB oder durch Entscheidung der Miterben gemäß § 2042 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 749 Abs. 2, 750, 751 BGB vorgesehen.⁸⁸ In der heutigen Praxis ergibt sich die lange Lebensdauer der Erbengemeinschaft aber vor allem schon rein faktisch aufgrund des Umfangs und der Komplexität heutiger Nachlässe und des Bedürfnisses, solche Nachlässe einer adäquaten Auseinandersetzung zuzuführen.⁸⁹

Der Nachlass kann während eines u.U. langen Zeitraums seines Bestehens nicht sich selbst überlassen bleiben, sondern muss sinnvoll verwaltet werden, da ansonsten dem Nachlass Schäden drohen, zum Nachteil sowohl der Nachlassgläubiger als auch der Miterben.⁹⁰ Wieder gilt hier vor allem, den Gläubigern darf aus dem Eintritt des Erbfalls kein Nachteil erwachsen. Sinn und Zweck einer idealen Nachlassverwaltung

⁸⁴ BGHZ 92, 259 (263).

⁸⁵ Ebenroth, Erbrecht, Rn. 748.

⁸⁶ Dauner-Lieb, Unternehmen in Sondervermögen, S. 339.

⁸⁷ Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 42 I 5a; a.A. Wolf/Neuner, BGB AT, 10. Aufl., § 9, Rn. 30 mit Fn. 55, welche die Möglichkeit der Anteilsveräußerung als logische Folge der Qualifizierung der Erbengemeinschaft als Liquidationsgemeinschaft sehen, der eine dauerhafte Verbindung ihrer Mitglieder fremd sei.

⁸⁸ In BGHZ 92, 259 handelte es sich um eine um sieben Jahre, in BGHZ 17, 299 sogar um eine um 17 Jahre fortgesetzte Erbengemeinschaft.

⁸⁹ Eberl-Borges, Die Rechtsnatur der Erbengemeinschaft nach dem Urteil des BGH vom 29.1. 2001 zur Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR, ZEV 2002, 125 (127); Muscheler, Der Mehrheitsbeschluß in der Erbengemeinschaft - Grundlagen, Gegenstände, Verfahren -, ZEV 1997, 169; BGHZ 92, 259 (262 ff.).

⁹⁰ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 13; Ann, Erbengemeinschaft, in: Hausmann/Hohloch, Handbuch des Erbrechts, 2. Aufl., Kapitel 20 B I 1.

ist es daher, den Nachlass als Haftungsgrundlage vor allem für die Nachlassgläubiger, aber auch für die Miterben, zu erhalten.

II. Innen- und Außenverhältnis

Im Gegensatz zu den Gesamthandsgemeinschaften des Gesellschaftsrechts⁹¹ unterscheidet das Gesetz bei der Erbengemeinschaft nicht zwischen Innenverhältnis (Geschäftsführung) und Außenverhältnis (Vertretung), sondern spricht stattdessen von Verwaltung (§ 2038 BGB) und Verfügung (§ 2040 BGB).⁹² Dies ist vornehmlich dadurch zu erklären, dass die Erbengemeinschaft, im Gegensatz zur Gesellschaft (§§ 705 ff. BGB), vom historischen Gesetzgeber nicht als eine auf regelmäßige Teilnahme am Rechtsverkehr ausgerichtete Gemeinschaft konzipiert wurde.⁹³ Vor diesem Hintergrund wurde wohl von einer differenziert ausgestalteten Handlungsorganisation, wie bei der Gesellschaft in den §§ 705 ff. BGB, abgesehen.

Eine sinnvolle Nachlassverwaltung ist jedoch ohne das Eingehen von Rechtsgeschäften mit Dritten nicht vorstellbar.⁹⁴ Man denke etwa an die Vermietung oder Verpachtung von zum Nachlass gehörenden Immobilien, an den Abschluss von Reparatur- oder Wartungsaufträgen betreffend einzelne Nachlassgegenstände oder die Geltendmachung von Nachlassansprüchen.

Nachlassverwaltung kann sich daher nicht nur auf Maßnahmen beschränken, die sich nur im Innenverhältnis zwischen den Erben auswirken. Die Verwaltung kann sich zwar in nur das Innenverhältnis betreffenden Maßnahmen erschöpfen, sie entfaltet

⁹¹ vgl. §§ 709 ff BGB und §§ 714, 715 BGB für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, §§ 109 ff und 123 ff HGB für die offene Handelsgesellschaft, welche über § 161 Abs. 2 HGB auch für die Kommanditgesellschaft gelten.

⁹² Palandt/*Weidlich*, BGB, 72. Aufl., § 2038, Rn. 4; MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., § 2038, Rn. 6; Lang/*Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., § 43 I 2; Kipp/*Coing*, Erbrecht, 14. Aufl., § 114 IV 1; Wiedemann, GmbH-Anteile in der Erbengemeinschaft, GmbH-Rdsch 1969, 247; v. Lübtow, Erbrecht, Halbband II, § 4, S. 802; Weirich, Erben und Vererben, 5. Aufl., Rn. 185.

⁹³ BGHZ 17, 299 (302); Staudinger/*Werner*, BGB (2010), v. §§ 2032-2057a, Rn. 3; MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., v. § 2032, Rn. 4; Erman/*Schlüter*, BGB, 13. Aufl., v. § 2032, Rn. 5; Palandt/*Weidlich*, BGB, 72. Aufl., v. § 2032, Rn. 1; Jauernig/*Stürner*, 14. Aufl., v. § 2032, Rn. 1; Lange/*Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., § 42 I 5a; Ebenroth, Erbrecht, Rn. 719; Krug/*Rudolf/Kroiß/Bittler*, Anwaltsformulare Erbrecht, 4. Aufl., § 12, Rn. 13; BGH NJW 1955, 1227; Habersack, Zur Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – BAG, NJW 1989, 3034, JuS 1990, 179 (181, Fn. 41); BGH NJW 2002, 3389 (3390); Soergel/*Wolf*, 13. Aufl., v. § 2032, Rn. 4, § 2042, Rn. 1; Ulmer, Die Gesamthandsgesellschaft – ein noch immer unbekanntes Wesen?, AcP 198 (1998), 113 (127); Presser, Kompetenzfragen unter Miterben, JW 1933, 145.

⁹⁴ Jülicher, Mehrheitsgrundsatz und Minderheitenschutz bei der Erbengemeinschaft, AcP 175 (1975), 143; Bartholomeyczik, Die Miterbengemeinschaft, 120 (190).

aber notwendigerweise Außenwirkung, wenn eine Maßnahme den Abschluss von Rechtsgeschäften mit Dritten erfordert.⁹⁵

Auch wenn die gesetzliche Ausgestaltung dies nicht erkennen lässt, muss für die Handlungsorganisation der Erbengemeinschaft, wie auch bei jedem anderen Zusammenschluss einer Personenmehrheit, die mit Dritten in Berührung kommt, klar unterschieden werden zwischen Innen- und Außenverhältnis. Nur so ist eine koordinierte Interaktion mit Außenstehenden zur Vornahme von Maßnahmen mit Außenwirkung möglich. Denn ein Auftreten als Einheit erfordert zwangsnotwendig zunächst, dass ein gemeinsamer Wille untereinander erzielt wird, der sodann im Außenverhältnis umgesetzt wird.⁹⁶ Ein koordiniertes, zielgerichtetes Handeln einer auf gemeinschaftliches Handeln angewiesenen Personenmehrheit ist andernfalls undenkbar.

Wiedemann stellt insofern für den Verband treffend fest:

„Was bei der natürlichen Person ein psychologischer Akt ist, nämlich der Entschluß, im Rechtsleben in bestimmter Weise tätig zu werden, ist im Verband ein rechtlicher Vorgang: der Beschluß, die innere Ordnung des Verbandes und sein Auftreten in der Außenwelt verbindlich festzulegen. Die Bildung des Gemeinschaftswillens ist im Gegensatz zum individuellen Entschluss der rechtlichen Regelung nicht nur zugänglich, sondern auch bedürftig, da der kollektive Wille, welcher der Entscheidungseinheit ‚Gesellschaft‘ zugerechnet werden soll, also solcher kenntlich gemacht und vom selbständigen Willen der Mitglieder unterschieden werden muss.“⁹⁷

Von einer derartigen inneren Willensbildung geht auch das Gesetz aus, wenn es in § 745 BGB (auf den § 2038 Abs. 2 BGB verweist) für die sog. ordentliche Verwaltung (auf die unten noch näher eingegangen wird) ausdrücklich das Erfordernis interner Willensbildung durch *Mehrheitsbeschluss* vorsieht. Für die gemeinschaftliche Verwaltung fehlt zwar eine entsprechende ausdrückliche Regelung im Sinne eines

⁹⁵ Schlüter, Erbrecht, 16. Aufl., Rn. 669.

⁹⁶ Bartholomeyczik, Willensbildung, Willensverwirklichung und das Gesamthandsprinzip in der Miterbengemeinschaft, in: FS Reinhardt, 13 (28, 29); Boehmer, AcP 144 (1938), 62 (71); Staudinger/Werner, BGB (2010), § 2038, Rn. 1.

⁹⁷ Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band I - Grundlagen, § 3 III 1 a, S. 176; die Erbengemeinschaft bildet zwar keine abstrahierte, kollektive Einheit, die gegenseitige Abhängigkeit für ein Handeln im Außenverhältnis zwingt sie aber auch die Miterben dazu, zunächst einen einheitlichen Willen zu bilden.

Erfordernisses von Einstimmigkeit, der Gesetzgeber hat dies allerdings wohl als nicht regelungsbedürftige Selbstverständlichkeit erachtet.

Da ein Beschluss ein innerer Vorgang der Willensbildung ist und daher nur unter den Miterben Bindungswirkung entfalten kann, bedarf das Beschlossene, soll es auch Dritten gegenüber Wirkung entfalten, noch der Umsetzung im Außenverhältnis. So geht jedem Außenhandeln der Erbengemeinschaft gedanklich-logisch ein Akt der Willensbildung voran.

Die weitere Darstellung unterscheidet dementsprechend im Folgenden zwischen Innen- und Außenverhältnis.

E. INNENVERHÄLTNIS

I. Willensbildung

Wie oben dargestellt, bedarf Verwaltungshandeln durch die Erbengemeinschaft zunächst einer Willensbildung im Innenverhältnis – gleich ob sich die Verwaltungsmaßnahme dann in dieser Willensbildung im Innenverhältnis erschöpft oder zusätzlich noch ein Handeln im Außenverhältnis erforderlich wird. Verwaltung im Innenverhältnis bedeutet daher Willensbildung der Miterben durch Beschlussfassung.⁹⁸ Dies ergibt sich auch aus §§ 2038, 745 BGB, welche unstreitig jedenfalls für das Innenverhältnis Anwendung finden.⁹⁹

Dabei ist nicht stets Einstimmigkeit erforderlich. Vielmehr unterscheidet das Gesetz in § 2038 BGB zwischen Maßnahmen der ordentlichen, der außerordentlichen und der Notverwaltung und stellt für jede dieser Arten von Maßnahmen unterschiedliche Voraussetzungen auf.¹⁰⁰

II. Grundsatz gemeinschaftlicher Verwaltung, § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB

Als Folge des Gesamthandscharakters der Erbengemeinschaft legt § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB zunächst fest, dass die Verwaltung des Nachlasses den Erben in erster Linie gemeinschaftlich zusteht und statuiert damit das für die Verwaltung des Nachlasses durch eine Erbengemeinschaft grundsätzliche Prinzip gemeinschaftlicher Verwaltung

⁹⁸ Soergel/Wolf, 13. Aufl., § 2038, Rn. 7.

⁹⁹ MüKo BGB/Gergen, Band 9, 5. Aufl., § 2038, Rn. 11.

¹⁰⁰ Palandt/Weidlich, BGB, 72. Aufl., § 2038, Rn. 3.

(Gemeinschaftsprinzip).¹⁰¹ Die Miterben sind demnach gemeinsam handlungsfähiges Organ der Gesamthandsgemeinschaft.¹⁰² Grundsätzlich erfordert daher eine Maßnahme der Nachlassverwaltung durch mehrere Erben deren gemeinschaftliches Handeln.

Im Rahmen des Innenverhältnisses ist hierfür die Zustimmung aller mitwirkungsberechtigten Miterben notwendig, sodass Gemeinschaftlichkeit hier gleichbedeutend ist mit Einstimmigkeit.¹⁰³ Das Stimmrecht einzelner Miterben entfällt nur im Fall einer Interessenkollision analog § 34 BGB, § 136 AktG, § 47 Abs. 4 GmbHG¹⁰⁴, mit der Folge, dass die Zustimmung des betroffenen Miterben nicht erforderlich ist.¹⁰⁵

Das Erfordernis der Einstimmigkeit stellt eine erhebliche Erschwerung der Verwaltungstätigkeit dar und würde bei einer strikten Anwendung auf die gesamte Verwaltungstätigkeit der Erbengemeinschaft zu ihrer völligen Lähmung führen. Das Gesetz hat daher Ausnahmen vom Erfordernis der Einstimmigkeit vorgesehen in § 2038 BGB und § 2039 BGB: für die Geltendmachung von Nachlassforderungen (§ 2039 BGB), für Notverwaltungsmaßnahmen (§ 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 2 BGB) und für Maßnahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung (§ 2038 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 745 Abs. 1 BGB).

Angesichts dieser Ausnahmen verbleibt es somit lediglich für den Bereich der außerordentlichen Maßnahmen beim Grundsatz gemeinschaftlicher Verwaltung, für die im Innenverhältnis eine einstimmige Beschlussfassung erforderlich ist.

III. Ordnungsmäßige Verwaltung

1. Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung

Bei der ordnungsmäßigen Verwaltung handelt es sich um die in der Praxis wichtigste Art der Verwaltung, da sie die laufende, tagtägliche Verwaltung betrifft. Sie sollte daher eine, auch gegen den Widerspruch einzelner Miterben, sachgemäße

¹⁰¹ MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., § 2038, Rn. 1; Staudinger/*Werner*, BGB (2010), § 2038, Rn. 2; Soergel/*Wolf*, 13. Aufl., § 2038, Rn. 1.

¹⁰² Palandt/*Weidlich*, BGB, 72. Aufl., § 2038, Rn. 1.

¹⁰³ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 18; Staudinger/*Werner*, BGB (2010), § 2038, Rn. 9; Hausmann/Hohloch/Ann, Handbuch des Erbrechts, 2. Aufl., Kapitel 20, B II 1.

¹⁰⁴ Soergel/*Wolf*, 13. Aufl., § 2038, Rn. 17.

¹⁰⁵ Kipp/Coing, Erbrecht, 14. Aufl., § 114 IV 3a.

Verwaltung des Nachlasses im Alltag ermöglichen.¹⁰⁶ § 745 Abs. 1 S. 1 BGB, auf den § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB verweist, bestimmt dementsprechend, dass durch Stimmenmehrheit eine der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstands entsprechende ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung beschlossen werden kann.

Der Begriff der „Ordnungsmäßigkeit“ wird dann aber vom Gesetz nicht legaldefiniert oder sonst näher bestimmt.¹⁰⁷

Einen ersten Anhaltspunkt liefert die in § 745 Abs. 3 S. 1 BGB niedergelegte Negativabgrenzung zur außerordentlichen Maßnahme – eine wesentliche Veränderung des Gegenstands kann demnach nicht durch Stimmenmehrheit beschlossen werden, diese ist nicht mehr im Rahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung. Dabei ist mit „Gegenstand“ i.S.v. §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB der Nachlass als Ganzes gemeint und nicht die einzelnen Erbschaftsgegenstände.¹⁰⁸ „Gestützt wird dies durch die Gesetzgebungsmotive zur Bruchteilsgemeinschaft. Die Frage nach dem Gegenstand der Gemeinschaft soll sich aus ‚den Vorschriften über die in Frage kommenden Rechtsinstitute‘ ergeben [...]. Dies ist aus dem Kontext der maßgeblichen Verweisung des § 2038 Abs. 2 Satz 1 BGB der gesamte Nachlass. So regelt § 2038 Abs. 1 BGB – anders als etwa § 2040 Abs. 1 BGB – nicht (nur) die Verwaltung eines einzelnen Nachlassgegenstandes, sondern die Verwaltung des Nachlasses insgesamt [...].“¹⁰⁹ Eine wesentliche Veränderung bedeutet dabei eine Änderung der Zweckbestimmung oder Gestalt des Nachlasses in einschneidender Weise.¹¹⁰

Um diesem immer noch sehr unscharfen Begriff der „Ordnungsmäßigkeit“ weiter Kontur zu geben, wird der in § 745 Abs. 2 BGB festgelegte Anspruch des einzelnen Gemeinschafters herangezogen. Dieser Anspruch besteht, soweit eine ordnungsmäßige Verwaltung weder einstimmig noch durch Mehrheitsentscheidung

¹⁰⁶ MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., § 2038, Rn. 34; Mot. II, 876; OLG Kiel, Seuff-Arch. 61, Nr. 131.

¹⁰⁷ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 26.

¹⁰⁸ BGH ZEV 2006, 24 (25); Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 22 f.; Brox/Walker, Erbrecht, 24. Aufl., Rn. 492; Palandt/*Weidlich*, BGB, 72. Aufl., § 2038 Rn. 6; Muscheler, Der Mehrheitsbeschluß in der Erbengemeinschaft – Schranken, Änderungen der Mehrheitskompetenz, Rechtsfolgen, Verwalterbestellung -, ZEV 1997, 222 (225); Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 43 I 3d; MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., § 2038, Rn. 30; Michalski, Erbrecht, § 22 III 1 a. bb., Rn. 842; a.A. LG Hannover, NJW-RR 1990, 454; Soergel/*Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2038 Rn. 9; Staudinger/*Werner*, BGB (2010), § 2038, Rn. 13.

¹⁰⁹ BGH ZEV 2006, 24 (24, 25).

¹¹⁰ BGH ZEV 2006, 24 (25); BGHZ 101, 24, 28; BGH v. 8. 3. 2004, II ZR 5/02, BGH NJW-RR 2004, 809; NJW-RR 1995, 267.

geregelt ist.¹¹¹ Der Anspruch aus § 745 Abs. 2 BGB kann damit an die Stelle einer ordnungsmäßigen Verwaltung durch Mehrheitsbeschluss nach § 745 Abs. 1 BGB treten. Dieses Alternativverhältnis setzt aber Gleichwertigkeit voraus, sodass davon auszugehen ist, dass die Voraussetzungen des Anspruchs aus § 745 Abs. 2 BGB jedenfalls denen ordnungsmäßiger Verwaltung im Sinne von § 745 Abs. 1 BGB entsprechen.¹¹² Ordnungsmäßige Verwaltung ist demnach jedenfalls eine solche, die dem Interesse aller Miterben nach billigem Ermessen entspricht.¹¹³ Diese Voraussetzung enthält sowohl ein subjektives als auch ein objektives Element.¹¹⁴ Zwar wird in subjektiver Hinsicht auf die Interessen aller Miterben abgestellt. Dies wird aber insofern relativiert, als auch eine Verwaltung, die den Interessen aller Miterben entspricht, nur nach „billigem Ermessen“ gefordert werden kann.¹¹⁵ Die Ordnungsmäßigkeit wird damit ergänzt um eine objektive Betrachtungsweise, für die auf die Sichtweise eines *diligens pater familias*, eines umsichtigen Hausvaters, abzustellen ist.¹¹⁶

2. Verwaltung durch Mehrheitsbeschluss

Gemäß § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB i.V.m. § 745 Abs. 1 BGB können Maßnahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung durch Stimmenmehrheit beschlossen werden. Die Stimmenmehrheit berechnet sich dabei nach der Größe der Erbteile gemäß §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 S. 1 BGB.¹¹⁷

Im Hinblick auf eine Willensbildung der Miterben ist „Gemeinschaftlichkeit“ i.S.v. § 2038 I 1 BGB demnach im Rahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung insofern zu verstehen, „[...] als jeder Miterbe berechtigt ist, an der Beratung über die Verwaltungsmaßnahme teilzunehmen und bei der Beschlussfassung mitabzustimmen.“¹¹⁸

¹¹¹ Palandt/*Sprau*, BGB, 72. Aufl., § 745, Rn. 5.

¹¹² Palandt/*Sprau*, BGB, 72. Aufl., § 745, Rn. 2.

¹¹³ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 26, 27; Palandt/*Weidlich*, BGB, 72. Aufl., § 2038, Rn. 8; Jülicher, AcP 175, 143 (151); Brox/Walker, Erbrecht, 24. Aufl., Rn. 492; Staudinger/*Werner*, BGB (2010), § 2038, Rn. 13; Prütting/Wegen/Weinreich/*Tschichofolos*, BGB Kommentar, 7. Aufl., § 2038, Rn. 14; Soergel/*Wolf*, 13. Aufl., § 2038, Rn. 9; abweichend Muscheler, ZEV 1997, 222 (223).

¹¹⁴ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 26, 27.

¹¹⁵ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 26.

¹¹⁶ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 27; Mot. II, S. 876; BGH ZEV 2006, 24 (25); BGH ZEV 2010, 36 (38).

¹¹⁷ Staudinger/*Werner*, BGB (2010), § 2038, Rn. 36; Damrau, Erbenmehrheit und Familiengericht, ZEV 2006, 190 (190, 192).

¹¹⁸ Boehmer, AcP 144, 62 (66).

Der Beschluss ist wirksam, wenn die Maßnahme die Grenzen ordnungsmäßiger Verwaltung einhält, wenn er also der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstands (dem Nachlass) und dem Interesse aller Miterben nach billigem Ermessen entspricht, keine wesentliche Veränderung des Nachlasses bewirkt und in die Rechte einzelner Erben nicht ohne ihre Zustimmung eingegriffen wird.¹¹⁹

Des Weiteren muss die Maßnahme inhaltlich den allgemeinen Regeln der §§ 134, 138 BGB standhalten.¹²⁰ „Verstößt der Mehrheitsbeschluss gegen ein Verbotsgesetz (§ 134 BGB) oder gegen die guten Sitten (§ 138 BGB), so ist er ebenso unwirksam, wie es mit gleichem Inhalt ein einstimmiger Beschluss oder eine Vereinbarung sämtlicher Miterben wäre. Insofern gilt für den Mehrheitsbeschluss nichts Besonderes.“¹²¹

Überschreitet die beabsichtigte Maßnahme diesen Rahmen, so ist eine Entscheidung mit Stimmenmehrheit nach dem Gesetz schon gar nicht zulässig und ein dennoch erfolgter Mehrheitsbeschluss unwirksam (und nicht nur anfechtbar, wie etwa im Hinblick auf einen Mehrheitsbeschluss, der nicht dem Interesse aller Miterben nach billigem Ermessen entspricht (§ 745 Abs. 2 BGB), teilweise vorgeschlagen wird¹²²). Maßgeblicher Zeitpunkt der Beurteilung ist der des Beschlusses.¹²³

Die Nichtanhörung der Minderheitserben berührt dagegen die Wirksamkeit des Beschlusses nicht. Grundsätzlich ist zwar jeder Miterbe vor bzw. bei der Beschlussfassung zu hören, dies ergibt sich aus § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB, der statuiert, dass die Verwaltung des Nachlasses den Miterben gemeinschaftlich zusteht, sowie aus § 242 BGB.¹²⁴ Der gänzliche Verzicht des Gesetzes auf jedwede Förmlichkeit für das Beschlussverfahren belegt jedoch, dass eine Anhörung der Minderheit nicht von so großer Bedeutung für das Beschlussverfahren ist, als dass seine Wirksamkeit von ihr abhinge.¹²⁵ Dies ist auch im Interesse der Rechtssicherheit geboten, denn Dritte haben keinen Einblick in die inneren Vorgänge der Erbengemeinschaft und das Zustandekommen von Beschlüssen in deren

¹¹⁹ Jülicher, AcP 175, 143 (152); siehe auch oben E. III. 1.

¹²⁰ Muscheler, ZEV 1997, 222 (223, 224).

¹²¹ Muscheler, ZEV 1997, 222 (224).

¹²² MüKo BGB/Schmidt, Band 5, 5. Aufl., §§ 744, 745, Rn. 29, 35.

¹²³ MüKo BGB/Gergen, § 2038, Band 9, 5. Aufl., Rn. 39.

¹²⁴ Staudinger/Langhein, BGB (2008), § 745, Rn. 20; Palandt/Sprau, BGB, 72. Aufl., § 745, Rn. 1; BGB-RGRK/v. Gamm, §§ 744-746, 12. Aufl., Rn. 9; Soergel/Hadding, 13. Aufl., § 745, Rn. 6.

¹²⁵ BGH NJW 71, 1265 (1268); Staudinger/Langhein, BGB (2008), § 745, Rn. 19; BGB-RGRK/v. Gamm, §§ 744-746, 12. Aufl., Rn. 9; Soergel/Hadding, 13. Aufl., § 745, Rn. 6; Erman/Schlüter, BGB, 13. Aufl., § 2038, Rn. 5; OLG Kiel Seuff-Arch. 61, Nr. 131.

Innenverhältnis und müssen dementsprechend geschützt werden.¹²⁶ Der übergangene Miterbe kann lediglich Schadensersatz von den anderen Miterben fordern oder die Aufhebung der Gemeinschaft betreiben.¹²⁷

Der Mehrheitsbeschluss ist gerichtlicher Überprüfung nur zugänglich im Hinblick auf das Vorliegen der Voraussetzungen ordnungsmäßiger Verwaltung, der Einhaltung wesentlicher Verfahrensvorschriften und rechtswidrige Eingriffe in Rechte Einzelner.¹²⁸ Eine Zweckmäßigkeitsprüfung findet hingegen nicht statt.¹²⁹ „Gedeckt sind alle Maßnahmen, die nach den individuellen Gegebenheiten im Zeitpunkt der Beschlussfassung vernünftig erscheinen. Dass andere zweckmäßigere Maßnahmen denkbar sind, macht den Beschluss noch nicht unwirksam. [§ 745 Abs. 1 BGB] überlässt die Entscheidung darüber, welche unter mehreren vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Maßnahmen den Vorzug verdient, dem Urteil der Mehrheit, und die Minderheit oder der von ihr angerufene Richter haben nicht das Recht, ihre eigene Beurteilung an die Stelle der Beurteilung durch die Mehrheit zu setzen.“¹³⁰

Eine allgemeine Inhaltskontrolle am Maßstab des Gleichheitsgrundsatzes findet ebenfalls nicht statt.¹³¹ Dem Gleichheitsgrundsatz wird bereits hinreichend Rechnung getragen durch das für die Erbengemeinschaft in §§ 2038 ff., 745 BGB vorgesehene, abgestufte System verschiedентlicher Beteiligung an der Nachlassverwaltung, welches die jeweils betroffenen Interessen ausgewogen berücksichtigt.

Für eine Wirksamkeit des Mehrheitsbeschlusses im Innenverhältnis ist es zudem unerheblich, ob die Interessen der Nachlassgläubiger hinreichend berücksichtigt wurden.¹³² Die Interessen der Nachlassgläubiger sind auf die Wirksamkeit der Begründung von den Nachlass schmälern den Nachlassverbindlichkeiten gerichtet. Diese betreffen vornehmlich das Außenverhältnis, also das Verhältnis der Erben in ihrer Gesamtheit im Verhältnis zum Nachlassgläubiger, während die Wirksamkeit der

¹²⁶ BGH NJW 71, 1265 (1268); Staudinger/Langhein, BGB (2008), § 745, Rn. 20; Erman/Schlüter, 13. Aufl., § 2038, Rn. 5; OLG Kiel Seuff-Arch. 61, Nr. 131; Erman/Bartholomeyczik, BGB, 5. Aufl., § 2038, Rn. 2, 3.

¹²⁷ BGH NJW 71, 1265 (1268); Staudinger/Langhein, BGB (2008), § 745, Rn. 20; BGB-RGRK/v. Gamm, §§ 744-746, 12. Aufl., Rn. 9; Soergel/Hadding, 13. Aufl., § 745, Rn. 6; OLG Kiel Seuff-Arch. 61, Nr. 131.

¹²⁸ MüKo BGB/Gergen, Band 9, 5. Aufl., § 2038, Rn. 39.

¹²⁹ MüKo BGB/Gergen, Band 9, 5. Aufl., § 2038, Rn. 39; Planck-Komm BGB, Band II 2, Recht der Schuldverhältnisse, § 745, Anm. 2; AK-BGB/Pardey, Band 6, § 2038, Rn. 18.

¹³⁰ Staudinger/Langhein BGB (2008), § 745, Rn. 5; Muscheler, ZEV 1997, 222 (224).

¹³¹ Muscheler, ZEV 1997, 222 (224).

¹³² Muscheler, ZEV 1997, 222 (224).

Beschlussfassung an dieser Stelle die Bindung der Erben untereinander, im Innenverhältnis betrifft.¹³³

3. Mitwirkungspflicht

§ 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 1 BGB statuiert eine im Innenverhältnis zwischen den Erben wirkende Mitwirkungspflicht, bei Maßnahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung mitzuwirken, um sicherzustellen, dass der Mehrheitswille auch durchsetzungsfähig ist.¹³⁴

IV. Notverwaltung

Gemäß § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 2 BGB kann jeder Miterbe die zur Erhaltung notwendigen Maßregeln ohne Mitwirkung der anderen treffen. Dies berechtigt, verpflichtet andererseits auch den einzelnen Miterben, unaufschiebbare Notverwaltungsmaßnahmen vorzunehmen.¹³⁵ Für das Innenverhältnis bedeutet dies zunächst, dass es jedenfalls keines Beschlusses der Erbengemeinschaft bedarf.

Voraussetzung hierfür ist, dass die Maßnahme für die Erhaltung des Nachlasses notwendig ist. Nützlichkeit der Maßnahme reicht nicht aus, vielmehr muss bei Nichtvornahme dem Nachlass oder einzelner seiner Gegenstände der Eintritt eines Schadens drohen, was aus der objektiven Sicht eines wirtschaftlich denkenden Beobachters zur Zeit der Vornahme der Maßnahme zu beurteilen ist.¹³⁶ Zudem muss die Maßnahme so dringlich sein, dass eine Zustimmung der anderen Miterben nicht mehr rechtzeitig erlangt werden kann.¹³⁷

¹³³ Muscheler, ZEV 1997, 222 (224).

¹³⁴ Staudinger/Werner, BGB (2010), § 2038, Rn. 12.

¹³⁵ MüKo BGB/Gergen, Band 9, 5. Aufl., § 2038, Rn. 55.

¹³⁶ MüKo BGB/Gergen, Band 9, 5. Aufl., § 2038, Rn. 56.

¹³⁷ Erman/Schlüter, BGB, 13. Aufl., § 2038, Rn. 6; Brox/Walker, Erbrecht, 24. Aufl., Rn. 494; BGHZ 6, 76 (83); MüKo BGB/Gergen, Band 9, 5. Aufl., § 2038, Rn. 56.

F. AUßENVERHÄLTNIS

Im Rahmen der Nachlassverwaltung im Außenverhältnis tritt die Erbengemeinschaft mit Dritten vornehmlich rechtsgeschäftlich in Kontakt.¹³⁸ Da die Erbengemeinschaft als solche jedoch nicht rechtsfähig ist¹³⁹, tritt sie Dritten gegenüber nicht als eigenständiges Rechtssubjekt in Erscheinung, sondern vielmehr, entsprechend ihrer Rechtsnatur als Gesamthandsgemeinschaft, in Form der Gesamtheit aller Miterben.¹⁴⁰

Damit stellt sich die Frage, wie genau diese Gesamtheit der Miterben im Rechtsverkehr mit Dritten auftreten kann und muss, um rechtlich wirksame Handlungen mit Wirkung für und gegen die Erbengemeinschaft vornehmen zu können. Fraglich ist, ob sie stets nur durch gemeinschaftliches Handeln sämtlicher Miterben rechtlich verbindlich handeln kann oder ob dies auch durch eine Mehrheit der Miterben oder gar durch einzelne Miterben möglich ist. Das Erfordernis gemeinschaftlichen Handelns wäre jedenfalls die logische Folge ihrer Rechtsnatur als Gesamthandsgemeinschaft, soweit denn nichts Abweichendes in den §§ 2038 ff. BGB geregelt ist – das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß §§ 705 ff. BGB sieht etwa in §§ 709 Abs. 2, 710, 714 BGB eine von der ihrer Rechtsnatur als Gesamthandsgemeinschaft entsprechenden Gemeinschaftsprinzip (§§ 709 Abs. 1, 714 BGB) abweichende Gestaltung der Geschäftsführung und Vertretung vor.

Aufgrund des Fehlens einer entsprechend klaren und detaillierten Regelung von Innen- und Außenverhältnis in den §§ 2038 ff. BGB ist unklar, ob diese – insbesondere § 2038 BGB mit seinen abgestuften Kompetenzonen – in Abweichung vom Gemeinschaftsprinzip auch das Außenverhältnis der Erbengemeinschaft regeln oder ob sie nur deren Innenverhältnis betreffen und das Außenverhältnis somit anderen Regeln folgt, sodass für dieses einheitlich das aus der Rechtsnatur als Gesamthandsgemeinschaft resultierende Gemeinschaftsprinzip i.V.m. §§ 164 ff. BGB gilt.¹⁴¹

¹³⁸ Staudinger/Bork, BGB, 100 Jahre BGB – 100 Jahre Staudinger, Beiträge zum Symposium vom 18.-20.6.1998 in München, 1999, S. 188.

¹³⁹ BGH NJW 2006, 3715 f; Brox/Walker, Erbrecht, 24. Aufl., Rn. 469, 503; siehe auch unten F. III. 2. c. bb.

¹⁴⁰ Staudinger/Bork, BGB, 100 Jahre BGB – 100 Jahre Staudinger, Beiträge zum Symposium vom 18.-20.6.1998 in München, 1999, S. 188; Brox/Walker, Erbrecht, 24. Aufl., Rn. 469.

¹⁴¹ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 17.

I. Außerordentliche Verwaltung

Da das Gesetz für außerordentliche Maßnahmen keine Besonderheiten vorsieht, wäre hier der Grundsatz des § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB heranzuziehen, wonach ein gemeinschaftliches Handeln der Miterben erforderlich ist. Gleich ob man auf § 2038 BGB oder auf das aus der Rechtsnatur der Gesamthandsgemeinschaft resultierende Gemeinschaftsprinzip abstellt – soweit man die Anwendbarkeit der §§ 2038 ff. BGB auf das Außenverhältnis verneint –, man gelangt zum gleichen Ergebnis, sodass an dieser Stelle noch dahingestellt bleiben kann, ob das Gemeinschaftsprinzip oder die §§ 2038 BGB maßgeblich sind. Für außerordentliche Maßnahmen kann eine wirksame Verpflichtung nämlich jedenfalls nur durch alle Miterben gemeinsam erfolgen. Rechtsgeschäftliche Vertretung ist jedoch möglich, da gemeinschaftliches Handeln nicht i.S.v. „gleichzeitig“ zu verstehen ist, sodass nicht alle Miterben zur gleichen Zeit Dritten gegenüber auftreten müssen. Mangels besonderer Regelungen in den §§ 2038 ff. BGB richtet sich die rechtsgeschäftliche Vertretung ausschließlich nach den allgemeinen Regeln der §§ 164 ff. BGB.

II. Notverwaltung

Auf der Ebene der Notverwaltung würde die Anwendung des Gemeinschaftsprinzips zu unbefriedigenden Ergebnissen führen.

Im Rahmen des Innenverhältnisses bedarf es nämlich keines Beschlusses der Erbengemeinschaft, da die Maßnahme so dringlich ist, dass die Zustimmung der anderen Miterben nicht eingeholt werden kann.¹⁴² Vor diesem Hintergrund wäre es widersprüchlich, im Außenverhältnis doch wieder ein gemeinschaftliches Handeln einzufordern.¹⁴³ Wie wäre es sonst zu rechtfertigen, dass auf der einen Seite der Zeitdruck so hoch ist, dass eine im Grunde schlichte Zustimmung im Innenverhältnis nicht mehr rechtzeitig einholbar ist, ohne dass der Eintritt eines Schadens droht, auf der anderen Seite aber dann die Einholung der Zustimmung, oder sonstiger Handlungen im Außenverhältnis, welche im äußersten Fall bei Weigerung eingeklagt werden müssten (über die Mitwirkungspflicht gemäß § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 1 BGB), dann doch wieder abzuwarten wären, dann konsequenterweise unter Inkaufnahme des Eintritts eines Schadens? Zu bedenken ist, dass selbst das vorläufige Einholen

¹⁴² siehe oben E. IV.

¹⁴³ so aber Staudinger/Werner, BGB (2010), § 2038, Rz. 40, § 2040 Rz. 19; OLG Neustadt MDR 1962, 574; BGB-RGRK/Kregel, 12. Aufl., § 2038, Rn. 5, die sich auf einen strikten Vorrang des § 2040 BGB berufen.

der Zustimmung im Außenverhältnis durch das Erstreiten einer einstweiligen Verfügung in jedem Fall den zeitlichen Aufwand des Einholens einer einfachen Zustimmung im Innenverhältnis deutlich überschreiten wird. Dies würde die Intention der gesetzlichen Regelung in § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 2 BGB völlig konterkarieren. Die Regelung hätte keine Existenzberechtigung, könnte der einzelne Erbe zwar im Innenverhältnis die Vornahme einer Maßnahme eigenständig für die Erbengemeinschaft „beschließen“, müsste er aber dazu dann doch wieder die Zustimmung sämtlicher Miterben einholen, um dies im Außenverhältnis durchzusetzen.

Zudem spricht auch der Wortlaut des § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 2 BGB („ohne Mitwirkung“, „treffen“) dafür, dass die Regelung auch die Umsetzung von Maßnahmen im Außenverhältnis erfasst.¹⁴⁴

Zu Recht entspricht es daher herrschende Meinung, dass § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 2 BGB für den Fall der Notverwaltung eine Ausnahme vom Gemeinschaftsprinzip enthält (trotz des grundsätzlichen Festhaltens am Vorrang des § 2040 BGB wird dies auch für Verfügungen anerkannt).¹⁴⁵ Folglich kann der einzelne Miterbe die Maßnahme auch im Außenverhältnis eigenständig ohne die Mitwirkung der anderen Miterben ausführen, gleich ob hierfür Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäfte oder tatsächliche Handlungen erforderlich sind. Dem einzelnen Miterben kommt dabei die in § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 2 BGB enthaltene gesetzliche Vertretungsmacht zu Hilfe, die ihn ermächtigt, jedwede Handlung im Außenverhältnis vorzunehmen.¹⁴⁶

III. Ordnungsmäßige Verwaltung

Die Frage der Anwendbarkeit der §§ 2038 ff. BGB im Rahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung im Außenverhältnis ist im Kontext einer Flexibilisierung der Nachlassverwaltung entscheidend. Bejaht man eine Außenwirkung, so kann das in §§ 2038, 745 BGB für die ordnungsmäßige Verwaltung vorgesehene Mehrheitsprinzip auch auf das Außenverhältnis erstreckt werden. Verneint man dagegen eine Außenwirkung, gilt das der Gesamthand zugrunde liegende Gemeinschaftsprinzip

¹⁴⁴ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 71.

¹⁴⁵ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 70.

¹⁴⁶ BGHZ 108, 21 (30); MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., § 2038, Rn. 61, 62; Palandt/*Weidlich*, BGB, 72. Aufl., § 2038, Rn. 11; Erman/*Schlüter*, BGB, 13. Aufl., § 2038, Rn. 13, § 2040, Rn. 6; Soergel/*Wolf*, 13. Aufl., § 2038, Rn. 12; NK-BGB/*Ann*, Band 5, 3. Aufl., § 2038, Rn. 27, 30; Brox/*Walker*, Erbrecht, 24. Aufl., Rn. 505, 507; Schlüter, Erbrecht, 16. Aufl., Rn. 681, 686.

und es ist lediglich eine Vertretung nach allgemeinen Regeln (§§ 164 ff. BGB) möglich, an einer Beteiligung jedes einzelnen Miterben kommt man dann nicht vorbei.

Bei der Untersuchung dieser Frage wird im Folgenden zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsebene getrennt, da sich auf Verfügungsebene durch die Regelung des § 2040 BGB zusätzliche Problemfelder ergeben.

1. Verpflichtungsgeschäfte

Verschiedenste Versuche wurden bereits unternommen, um ein Mehrheitshandeln auf der Verpflichtungsebene zu rechtfertigen. Überzeugen konnte dabei nur die von der inzwischen etablierten herrschenden Meinung aus §§ 2038, 745 BGB hergeleitete gesetzliche Vertretungsmacht für das Handeln einer Mehrheit im Außenverhältnis.

a. Objektiv gerechtfertigte Verpflichtung

Eine Ansicht versuchte eine Vertretungsmacht des einzelnen Miterben allein mit der objektiven Rechtfertigung einer Maßnahme zu rechtfertigen. Weder ein wirksamer Mehrheitsbeschluss im Innenverhältnis noch eine bestehende Vertretungsmacht und Offenlegung der Vertretung des Nachlasses sollten dazu erforderlich sein.¹⁴⁷ Vielmehr sollte es bereits ausreichen, wenn das Geschäft den von der Rechtsprechung für die Entstehung von Nachlassverbindlichkeiten aufgestellten Voraussetzungen entspreche (grundlegend RGZ 90, 91 (94 f.)), also wenn die „Verbindlichkeit vom Standpunkt eines sorgfältigen Verwalters in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses eingegangen ist“. Diese Ansicht hat sich zu Recht nicht durchgesetzt.

Zum einen stützt sie sich auf Rechtsprechung und Literaturstellen, die sich thematisch nicht mit dem hier in Frage stehenden Problem befassen.¹⁴⁸ Die zitierten Rechtsprechung- und Literaturstellen¹⁴⁹ betreffen die Frage, ob Personen, deren Berechtigung zur Verwaltung des Nachlasses bereits feststand, im Hinblick auf eine spätere Nacherbschaft bzw. Nachlasssonderung den Nachlass wirksam verpflichten konnten.¹⁵⁰ Hierzu sei insbesondere die Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 90, 91 (94 f.) erwähnt, auf welche sich die Ansicht unter anderem stützen möchte, welche

¹⁴⁷ v. Lübtow, Erbrecht, Halbband II, S. 803; Lange, Lehrbuch des Erbrechts, § 45 III 3a; Brox, Erbrecht, 1. Aufl., Rn. 629 und 2. Aufl., Rn. 482.

¹⁴⁸ Jülicher, AcP 175, 143 (145, 146); Diese Auffassung beruht zudem lt. Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., auf einem Missverständnis in der 1. Aufl. - vgl. Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 43 III 3, Fn. 110.

¹⁴⁹ RGZ 90, 91 (94 f.); RGZ 146, 345; RG Gruchot 72, 330; BGH NJW 1954, 107; KG OLG 26, 292; RGZ 112, 129; RG JW 1927, 1196 Nr. 11.

¹⁵⁰ Jülicher, AcP 175, 143 (145, 146).

die Begründung von auch im Separationsverfahren durchsetzbaren Nachlassverbindlichkeiten durch den Erben betrifft. Gemäß §§ 324 Abs. 1 Nr. 1, 325 InsO zählen Aufwendungen, die dem Erben nach § 1978 BGB zu ersetzen sind, ebenfalls zu den Nachlassverbindlichkeiten. Bei diesen Aufwendungen handelt es sich nach § 1978 Abs. 3 BGB um solche, für die der Erbe nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz verlangen kann. Dies ist der Fall, wenn er die Aufwendungen gemäß § 670 BGB für erforderlich halten durfte.¹⁵¹ Handelt es sich bei der gemachten Aufwendung um die Eingehung einer Verbindlichkeit, verlangt das Reichsgericht hierfür, dass die Verbindlichkeit vom Standpunkt eines sorgfältigen Verwalters in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses eingegangen wurde. Ist dies der Fall, dann kann der Miterbe gemäß §§ 1978 Abs. 3, 683, 670, 257 BGB, § 324 Abs. 1 Nr. 1 InsO Befreiung von der eingegangenen Verbindlichkeit verlangen. Aufgrund dieses Befreiungsanspruches kann der Erbe die Berichtigung der Verbindlichkeit im Verfahren der Nachlassinsolvenz oder der Nachlassverwaltung verlangen.¹⁵² Das Reichsgericht folgerte daraus in seiner Entscheidung RGZ 90, 91 (94 f.), es sei nur „folgerichtig und als im Sinne der gesetzlichen Vorschriften liegend anzuerkennen, daß in diesem Verfahren auch der Gläubiger selbst ein Recht auf Berichtigung hat.“¹⁵³ „Dem Vertragspartner des Erben wird auf diese Weise erspart, sich den gegen den Nachlass gerichteten Schuldbefreiungsanspruch des Erben pfänden und überweisen zu lassen.“¹⁵⁴

Aus der Bejahung eines Direktanspruchs des Gläubigers gegen den Nachlass als Folge der vom Erben im Rahmen der Nachlassverwaltung eingegangenen Verpflichtung schloss die hier abzulehnende Ansicht, der einzelne Miterbe könne die Erbengemeinschaft stets verpflichten, soweit die vorgenannten, vom Reichsgericht aufgestellten Kriterien erfüllt seien, also wenn die Maßnahme den Nachlassgläubigern gegenüber objektiv gerechtfertigt ist. Dies kann dem Urteil des Reichsgerichts jedoch nicht entnommen werden. Hintergrund der Regelung des § 1978 BGB ist, dass mit Eröffnung der Nachlassinsolvenz oder Anordnung der Nachlassverwaltung die Haftung des Erben auf den Nachlass beschränkt wird (§ 1975 BGB) und dafür ein Ausgleich für die Nachlassgläubiger geschaffen werden muss. Wenn schon zugunsten des Erben mit dem Eintritt des Verfahrens der

¹⁵¹ RGZ 90, 91 (94 f.).

¹⁵² RGZ 90, 91 (94 f.).

¹⁵³ RGZ 90, 91 (94 f.).

¹⁵⁴ Staudinger/Marotzke, BGB (2010), § 1967, Rn. 42.

Nachlassinsolvenz oder Nachlassverwaltung seine Haftung mit dem Eigenvermögen entfällt, soll er sich für seine bisherigen Handlungen zulasten des Nachlasses nicht aus der Affäre ziehen können. Er soll daher von diesem Zeitpunkt an den Nachlassgläubigern rückwirkend wie der Verwalter eines fremden Vermögens verantwortlich sein.¹⁵⁵ Fremdes Vermögen wird der Nachlass mit Eintritt der Nachlassinsolvenz oder Nachlassverwaltung in der Tat, da er ab dann der Einflussphäre des Erben entzogen ist (§ 1984 Abs. 1 S. 1 BGB, § 80 Abs. 1 InsO). Der Erbe soll vor diesem Zeitpunkt den Nachlass nicht verschleudern oder ihm sonst Schaden zufügen, um sodann den Nachlassgläubigern die Rechnung zu präsentieren, während er selbst sich (mit seinem Eigenvermögen) aus der Verantwortung stiehlt. Hieraus rechtfertigt sich die rückwirkende Betrachtung als „Fremdverwalter“. Die eingegangene Verpflichtung soll den Nachlassgläubigern gegenüber nur Gültigkeit haben, also als Nachlassverbindlichkeit qualifiziert werden können, wenn sie ihnen gegenüber objektiv gerechtfertigt ist. Ist dies nicht der Fall, so haftet der Erbe gemäß § 1978 Abs. 1 BGB. Entscheidend ist dabei aber, dass der Erbe zur Zeit des Eingehens der Verpflichtung tatsächlich zur Verwaltung befugt war und er diese Befugnis erst nachträglich durch Anordnung der Nachlassverwaltung bzw. Eröffnung der Nachlassinsolvenz verliert. Dem Reichsgericht ging es also nicht darum, dem Erben eine Befugnis zur Verwaltung zuzusprechen, sondern es behandelt vielmehr die Frage, wie eine (wirksam entstandene und bestehende) Verpflichtung des Nachlasses, die der Erbe im Rahmen einer tatsächlich bestehenden Verwaltungsbefugnis eingeht, angesichts des späteren Verlusts dieser Verwaltungsbefugnis zu behandeln ist – namentlich ob sie im Separationsverfahren als Nachlassverbindlichkeit aus dem Nachlass zu begleichen ist oder ob der handelnde Erbe den Nachlassgläubigern gemäß § 1978 Abs. 1 BGB für diese haftet (wobei dieser Anspruch der Nachlassgläubiger in den Nachlass fällt, § 1978 Abs. 2 BGB). § 1978 BGB und die dazu ergangene Rechtsprechung zur Begründung von Nachlassverbindlichkeiten können folglich zur Konstruktion einer Verwaltungsbefugnis des/der Erben nichts beitragen.

§ 1978 BGB will nicht die Befugnis zur Verwaltung klären, sondern geht gerade davon aus, dass diese zur Zeit der Vornahme einer Maßnahme bestand. § 1978 BGB zieht im Grunde vielmehr die Bilanz einer Nachlassverwaltung, in deren Rahmen danach unterteilt wird, ob Nachlassverwaltungsmaßnahmen im Nachhinein betrachtet

¹⁵⁵ Staudinger/Marotzke, BGB (2010), § 1978, Rn. 1.

qualitativ gesehen „ok“ waren aus der Perspektive der Nachlassgläubiger. Kann eine am Maßstab der geltenden Kriterien als „ok“ befunden werden, dann ergeben sich die oben beschriebenen Aufwendungsersatzansprüche des Erben bzw. ein korrespondierender Direktanspruch des Gläubigers der eingegangenen Verpflichtung. „Schlechte“ Verwaltung wird hingegen abgestraft durch die in § 1978 BGB festgelegte Haftung.

Die Ansicht setzt sich des Weiteren über den eindeutigen Wortlaut der §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 BGB hinweg, wonach es im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung jedenfalls eines Mehrheitsbeschlusses im Innenverhältnis bedarf. Ein Handeln, welches nicht auf eine irgendwie geartete Willensbildung im Innenverhältnis zurückgeführt werden kann, entbehrt jedweder Legitimation und kann die Erbengemeinschaft nicht verpflichten.

Wäre zudem bereits auf der Ebene der ordnungsmäßigen Verwaltung ein Handeln ohne jede Mitwirkung zumindest einer Mehrheit der Miterben möglich, hätte das Notverwaltungsrecht in § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 2 BGB keinerlei Existenzberechtigung. Jeder Erbe könnte ohne Mitwirkung der anderen die Erbengemeinschaft wirksam verpflichten, soweit objektiv die Voraussetzungen ordnungsmäßiger Verwaltung vorlägen, was im Vergleich zu Maßnahmen im Rahmen der Notverwaltung die deutlich niedrigere Hürde darstellt.

Schließlich gewährt selbst der Anspruch des einzelnen Miterben gemäß §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 2 BGB dem einzelnen Erben kein Recht zu eigenmächtigem Handeln, sondern muss erst gerichtlich durchgesetzt werden.¹⁵⁶

b. Schweigen der Minderheit als Zustimmung

Ein weiterer Vorschlag – welcher eine Außenwirkung des Mehrheitsbeschlusses ausdrücklich als zu weitgehend ablehnt, auf der anderen Seite aber auch nicht auf §§ 164 ff. BGB zurückgreifen will – versuchte eine Verpflichtungsbefugnis der Mehrheit mittels einer widerlegbaren Vermutung konstruieren, wonach zunächst stets davon auszugehen sein sollte, dass die überstimmte Minderheit sich (wohl auch angesichts ihrer Mitwirkungspflicht aus § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 1 BGB) pflichtbewusst stets der Mehrheit fügen wird.¹⁵⁷ Demnach sollte dem Schweigen der Minderheit ein Einverständnis in die Außenhandlungen der Mehrheit entnommen werden können,

¹⁵⁶ Jülicher, AcP 175, 143 (157).

¹⁵⁷ Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 43 III 6 b.

„[...] sei es als Bevollmächtigung, sei es als Einwilligung in deren Handeln oder in das eines Bevollmächtigten.“¹⁵⁸ Dies ist abzulehnen. Dem Schweigen kann, ohne weitere Anhaltspunkte (etwa einer entsprechenden vorherigen Parteivereinbarung), grundsätzlich keine rechtliche Wirkung beigemessen werden. Zudem vermag dieser Ansatz nicht die Fälle offenen Widerspruchs durch die Minderheit zu lösen.¹⁵⁹

c. Außenwirkung des Mehrheitsbeschlusses

Viel naheliegender und dogmatisch sauberer ist es, eine Legitimation der Mehrheit zum Außenhandeln aus den Vorschriften über die Nachlassverwaltung abzuleiten. Entscheidend ist dabei, ob sich deren Wirkungen auf das Innenverhältnis beschränken oder auch für das Außenverhältnis dienstbar gemacht werden können.

Eine Ansicht verneint eine Außenwirkung der §§ 2038, 745 BGB. Deren Wirkungen seien vielmehr auf das Innenverhältnis beschränkt.¹⁶⁰ Dem Wortlaut des § 2038 BGB sei in keiner Weise die von der herrschenden Meinung bezeichnete „Doppelwirkung“ des Mehrheitsbeschlusses zu entnehmen.¹⁶¹ § 2038 BGB sehe ausschließlich in § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 2 BGB eine Vertretungsmacht für Maßnahmen im Rahmen der Notverwaltung vor, nur insofern sei ausnahmsweise auch das Außenverhältnis betroffen.¹⁶² Da das Außenhandeln der Erbengemeinschaft im Übrigen gesetzlich nicht gesondert geregelt sei, gelte für dieses das die Erbengemeinschaft prinzipiell beherrschende Gesamthandsprinzip.¹⁶³ Und aus diesem, nicht aus § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB, folge zudem, dass die Miterben gemeinschaftlich handeln müssten, um eine Nachlassverbindlichkeit zu begründen.¹⁶⁴ Dabei richte sich eine Vertretung im Rahmen dieses Außenhandelns nach den allgemeinen Regeln (§§ 164 ff. BGB).¹⁶⁵ Zum wirksamen Abschluss eines Verpflichtungsgeschäfts müssten folglich entweder die Miterben selbst beim Vertragsabschluss unmittelbar mitwirken oder dem/den

¹⁵⁸ Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 43 III 6 b.

¹⁵⁹ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 52.

¹⁶⁰ Jülicher, AcP 175, 143 (147); Erman/Schlüter, BGB, 13. Aufl., § 2038, Rn. 12; Bartholomeyczik, FS Reinhardt, 13 (22, 27, 34); Erman/Bartholomeyczik, BGB, 5. Aufl., § 2038, Rn. 8; v. Lübtow, Erbrecht, Halbband II, S. 802, 803; OLG Neustadt, MDR 1962, 574; Bartholomeyczik, Die Miterbengemeinschaft, 120 (189, 191); OLG Königsberg in OLGE 18 (1909), 3412; Schlüter, Erbrecht, 16. Aufl., Rn. 678; Bartholomeyczik, Erbrecht, 8. Aufl., § 38 II 2 c; BGB-RGRK/v. Gamm, 12. Aufl., § 745, Rn. 10; Schlüter, Erbrecht, 16. Aufl., Rn. 678.

¹⁶¹ Jülicher, AcP 175, 143 (147).

¹⁶² Jülicher, AcP 175, 143 (147); Erman/Bartholomeyczik, BGB, 5. Aufl., § 2038, Rn. 2.

¹⁶³ Jülicher, AcP 175, 143 (147); Bartholomeyczik, FS Reinhardt, 13 (27); v. Lübtow, Erbrecht Halbband II, S. 802.

¹⁶⁴ Bartholomeyczik, FS Reinhardt, 13 (27).

¹⁶⁵ Erman/Schlüter, BGB, 13. Aufl., § 2038, Rn. 1, 12; Jülicher, AcP 175, 143 (144); Bartholomeyczik, Erbrecht, 8. Aufl., § 38 III; Erman/Bartholomeyczik, BGB, 5. Aufl., § 2038, Rn. 2, 3; Schlüter, Erbrecht, 16. Aufl., Rn. 678.

Erklärenden entsprechende Vollmacht (§ 167 BGB) erteilen.¹⁶⁶ Verweigerten einzelne Miterben die Abgabe der Verpflichtungserklärung oder die Erteilung einer Vollmacht an die Erklärenden (§ 167 Abs. 1 BGB), so müsse die entsprechende Erklärung auf Grundlage der in § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 1 BGB festgeschriebenen Mitwirkungspflicht durch Klage erzwungen werden (§ 894 ZPO).¹⁶⁷

Teilweise wird dieses ohnehin schon mühsame Vorgehen noch weiter verkompliziert, indem verlangt wird, dass für eine wirksame Verpflichtung zwei Klagen erhoben werden: einmal gegen die überstimmte Minderheit auf Erklärung der Zustimmung zur Maßnahme im Innenverhältnis und zusätzlich eine Klage des Geschäftsgegners gegen alle Miterben gemeinschaftlich auf Abgabe der Verpflichtungserklärung ihm gegenüber im Außenverhältnis.¹⁶⁸ Verkannt wird dabei jedoch, dass die Mitwirkungspflicht des § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 1 BGB nicht darauf gerichtet ist, eine nicht erreichte willentliche Übereinstimmung herbeizuführen, diese richtet sich nach dem tatsächlichen Willen der Erben und kann auch nicht über § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 1 BGB erzwungen werden.¹⁶⁹ Dem Mehrheitsbeschluss kommt vielmehr bereits die Wirkung einer abschließenden inneren Willensbildung für die Erbengemeinschaft in ihrer Gesamtheit zu, die keiner weiteren Zustimmung bedarf und für die Miterben in bindender Weise die Umsetzung des Beschlossenen vorgibt.¹⁷⁰ Dies ergibt sich aus der in § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 1 BGB statuierten (und nach § 894 ZPO einklagbaren) Mitwirkungspflicht, wonach die überstimmten Miterben den anderen Miterben zur Abgabe der für das Außengeschäft erforderlichen Willenserklärung verpflichtet sind.¹⁷¹ Da die nach § 894 ZPO erzwungene Willenserklärung jedoch nicht notwendig dem Prozessgegner gegenüber abzugeben ist, sondern auch an Dritte gerichtet sein kann, kann auf Abgabe der für das Rechtsgeschäft notwendigen Willenserklärung an den Geschäftsgegner geklagt werden.¹⁷² Darüber hinaus ist es auch möglich, auf

¹⁶⁶ Erman/*Schlüter*, BGB, 13. Aufl., § 2038, Rn. 1, 12; Strohal, Das deutsche Erbrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Band 2, 3. Aufl., S. 89, 90.

¹⁶⁷ Jülicher, AcP 175, 143 (157).

¹⁶⁸ vgl. Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 43 III 6.

¹⁶⁹ Staudinger/*Werner*, BGB (2010), § 2038, Rn. 12.

¹⁷⁰ Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 43 III 6 a; Boehmer, AcP 144, 62 (66, 70, 74); Palandt/*Weidlich*, BGB, 72. Aufl., § 2038, Rn. 6; Staudinger/*Werner*, BGB (2010), § 2038, Rn. 12.

¹⁷¹ Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 43 III 6 a; v. Lübtow, Erbrecht, Halbband II, S. 807; Staudinger/*Werner*, BGB (2010), § 2038, Rn. 12.

¹⁷² Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 43 III 6 (mit Fn. 179); Thomas/*Putzo/Seiler*, ZPO Kommentar, 33. Aufl., § 894, Rn. 5a; Bartholomeyczik, FS Reinhardt, 13 (34); Planck, Band II 2 (1928) § 745, Rn. 3.

Erklärung der Zustimmung zur Vornahme der Verwaltungsmaßnahme, also der Verpflichtungserklärung des vertretungswilligen Miterben, zu klagen.¹⁷³

Eine weitere Ansicht möchte zwar der Mehrheit ein außenwirksames Eingehen von Verpflichtungen für den Nachlass zugestehen, wobei die Mehrheit von der Minderheit verlangen können soll, dass sie das abgeschlossene Rechtsgeschäft als für Rechnung der Erbengemeinschaft abgeschlossen gelten lasse.¹⁷⁴ Allerdings sollen im Verhältnis zum Vertragspartner nur die Mehrheitserben berechtigt und verpflichtet werden. Nur diese werden Vertragspartei, eine Vertretungsmacht der Mehrheit zum Handeln auch für die Minderheit wird dagegen abgelehnt. „Die Wirkung gegen die Erbengemeinschaft erschöpft sich also in einem internen Regreßanspruch.“¹⁷⁵ Es erscheint nicht sachgerecht, die finanzielle Belastung für die Nachlassverwaltung einzelnen Miterben aufzubürden, die nach dieser Ansicht ja in Vorleistung treten müssten. Dem Gläubiger wird zudem daran gelegen sein, dass der (in der Regel) solventere Nachlass verpflichtet wird. Es erscheint daher interessengerechter, wenn die Erbengemeinschaft in ihrer Gesamtheit, und nicht nur die Mehrheitserben, aus dem Verpflichtungsgeschäft verpflichtet werden. Gegenüber der zuvor dargestellten Ansicht ist daher nichts gewonnen.

Die Notwendigkeit, den Klageweg zu beschreiten, belastet die Verwaltungstätigkeit mit einer langwierigen Prozedur, welche die Handlungsfähigkeit der Erbengemeinschaft lähmt und Tür und Tor öffnet für querulatorisches Verhalten einzelner Miterben. Vorzugswürdig erscheint daher die von der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung vertretene Ansicht, die dem im Innenverhältnis nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB gefassten Mehrheitsbeschluss auch Außenwirkung zuspricht.¹⁷⁶ Demnach ist der Mehrheitsbeschluss nicht nur ein Akt interner Willensbildung, sondern ermöglicht der Mehrheit, den im Innenverhältnis

¹⁷³ Ertman/*Schlüter*, BGB, 13. Aufl., § 2038, Rn. 5.

¹⁷⁴ Boehmer, AcP 144, 62 (69); Strohal, Erbrecht Band 2, S. 90, 91; Planck, Band II 2 (1928), § 745, Anm. 3.

¹⁷⁵ Boehmer, AcP 144, 62 (69).

¹⁷⁶ BGHZ 56, 47ff = BHG NJW 1971, 1265 ff.; BGH, LM BGB § 2038, Nr. 10 m. Anm. Johannsen; BGH v. 27. Oktober 1956, IV ZR 126/56; Brox/Walker, Erbrecht, 24. Aufl., Rn. 505; Kipp/Coing, 14. Aufl., § 114 IV 2c; Lange, Lehrbuch des Erbrechts, § 45 III 6 c; Palandt/*Sprau*, BGB, 72. Aufl., § 745, Rn. 4; Palandt/*Weidlich*, BGB, 72. Aufl., § 2038, Rn. 5, 9; MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., § 2038, Rn. 51; Soergel/*Wolf*, 13. Aufl., § 2038, Rn. 11; Johannsen, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete des Erbrechts, WM 1970, 573 (574); Planck-Komm BGB, Band 5, Erbrecht, § 2038, Anm. 1; OLG Kiel, Seuff-Arch. 61, Nr. 131; OLG Hamm, BB 1969, 514; Presser, Kompetenzfragen unter Miterben, WM 1933, 145; BGB-RGRK/*Kregel*, 12. Aufl., § 2038, Rn. 8; Staudinger/*Werner*, BGB (2010), § 2038, Rn. 6, 7; Wiedemann, GmbHRsch 1969, 247 (248); BGH § 2038 LM Nr. 1; Johannsen, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete des Erbrechts, WM 1973, 543 f.; Ebenroth, Erbrecht, Rz. 763; Muscheler, ZEV 1997, 222 (229).

gefassten Beschluss auch nach außen zu vollziehen, ohne dass eine Mitwirkung der Minderheit erforderlich wäre. Die Mehrheit könne demnach, ohne jede Mitwirkung der überstimmten Minderheit, schuldrechtliche Verpflichtungen der Erbengemeinschaft begründen.¹⁷⁷

In Einschränkung zu dieser Ansicht bejahen manche zwar eine derartige Außenwirkung des Mehrheitsbeschlusses, möchten hiervon aber die Befugnis ausnehmen, andere Teilhaber zu primären Geldleistungen (z.B. durch Darlehensaufnahme) zu verpflichten, da dies statt interner Teilschulden (§ 748 BGB) eine gesamtschuldnerische Außenhaftung (§§ 427, 421 BGB) begründen würde.¹⁷⁸ Kein Teilhaber soll aber einen anderen Teilhaber aufgrund eines Mehrheitsbeschlusses zu unmittelbaren Leistungen aus dessen Privatvermögen verpflichten können, die Mehrheit soll also nicht über das Privatvermögen der Minderheit gegen ihren Willen disponieren können.¹⁷⁹ Diese Bedenken greifen allerdings nicht für die Erbengemeinschaft, bei welcher der überstimmte Miterbe aufgrund der Möglichkeiten zur Beschränkung der Haftung Übergriffe auf sein Eigenvermögen abwenden kann.¹⁸⁰ Zwar haften die Erben gemäß § 2058 BGB für Nachlassverbindlichkeiten gesamtschuldnerisch und stehen dafür grundsätzlich auch mit ihrem Eigenvermögen ein. Gemäß § 2059 Abs. 1 BGB besteht jedoch vor Teilung des Nachlasses ein Leistungsverweigerungsrecht des einzelnen Miterben, wonach dieser die Berichtigung von Nachlassverbindlichkeiten aus dem Vermögen, welches er außer seinem Anteil an dem Nachlass hat, verweigern kann. Nach der Teilung besteht die unbeschränkte gesamtschuldnerische Haftung aus § 2058 BGB zwar weiter fort ohne die Beschränkungsmöglichkeit nach § 2059 Abs. 1 BGB und auch auf die Nachlassverwaltung kann zu einer Haftungsbeschränkung nicht mehr zurückgegriffen werden (§ 2062 Hs. 1 BGB). Der einzelne Erbe hat jedoch die Möglichkeit, die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens zu beantragen (§ 317 Abs. 2 InsO).¹⁸¹ Obschon die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens im Fall einer Erbengemeinschaft nur möglich ist, wenn der gesamte Nachlass, und nicht nur der Anteil des einzelnen Erben am Nachlass, nicht ausreicht, um die

¹⁷⁷ Jülicher, AcP 175, 143.

¹⁷⁸ Erman/Aderhold, BGB, 13. Aufl., § 745, Rn. 5; MüKo BGB/Schmidt, Band 5, 5. Aufl., §§ 744, 745, Rn. 31; Bamberger/Roth/Gehrlein, Band 2, 3. Aufl., § 745, Rn. 8.

¹⁷⁹ MüKo BGB/Schmidt, Band 5, 5. Aufl., §§ 744, 745, Rn. 31; Staudinger/Langhein, BGB (2008), § 745, Rn. 9.

¹⁸⁰ Staudinger/Langhein, BGB (2008), § 745, Rn. 36; NK-BGB/Radlmayr, Band 2/2, 2. Aufl., § 745 Rn. 6.

¹⁸¹ Staudinger/Marotzke, BGB (2010), § 2060, Rn. 3, 4.

Nachlassverbindlichkeiten zu bedienen¹⁸², ist der Miterbe dennoch ausreichend geschützt. Denn solange das Nachlassvermögen noch ausreicht, um die Nachlassverbindlichkeiten zu bedienen, ist auch der Rückgriffsanspruch des in Anspruch genommenen Erben gegen die anderen Miterben (§ 426 BGB) werthaltig. Sobald das Nachlassvermögen dagegen nicht mehr ausreicht, kann die Haftung beschränkt werden durch Beantragung der Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens. Soweit die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens wegen Fehlens einer den Kosten des Verfahrens entsprechenden Masse aussichtslos wäre, kann der einzelne Miterbe nach der Teilung des Nachlass zudem seine Haftung nach §§ 1990 – 1992 BGB beschränken.¹⁸³ Des Weiteren kann der Miterbe auch die haftungsbeschränkenden Einreden aus §§ 1973, 1974, 1989 BGB noch nach der Teilung des Nachlasses erwerben und das Aufgebot der Nachlassgläubiger beantragen.¹⁸⁴ Die Einschränkungen, welche diese Ansicht an der Konstruktion der herrschenden Meinung vornehmen möchte, sind daher nicht erforderlich.

d. Auslegung §§ 2038, 745 BGB

Im Folgenden soll gezeigt werden, dass die besseren Argumente dafür sprechen, mit der herrschenden Meinung der Mehrheit eine Befugnis zum Eingehen von Verpflichtungsgeschäften mit Wirkung für und gegen die Erbengemeinschaft zu geben und eine solche Befugnis aus §§ 2038, 745 BGB herzuleiten. Hierzu sollen im Folgenden die §§ 2038, 745 BGB anhand der gängigen Auslegungsmethoden analysiert werden. Im Ergebnis werden ein weites Verständnis des Verwaltungsbegriffs und eine sinn- und zweckgemäße Interpretation der §§ 2038, 745 BGB letztlich den Ausschlag geben.

aa. Entstehungsgeschichte §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 BGB

Die unmittelbar nach der Entstehung des BGB in Erscheinung tretenden Stimmen in Literatur und Rechtsprechung bezogen die Regelungen des § 2038 BGB lediglich auf das Innenverhältnis.¹⁸⁵ Erst mit dem zunehmenden Bestreben, der Erbengemeinschaft eine bessere Handlungsfähigkeit zu verleihen, wurde zunehmend

¹⁸² Staudinger/Marotzke, BGB (2010), § 2059, Rn. 2.

¹⁸³ Staudinger/Marotzke, BGB (2010), § 2060, Rn. 5.

¹⁸⁴ Staudinger/Marotzke, BGB (2010), § 2060, Rn. 6.

¹⁸⁵ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 51; Bartholomeyczik, Die Miterbengemeinschaft, 120 (189), 191; Strohal, Das dt. Erbrecht, Band 2, 3. Aufl., S. 90; OLG Königsberg, OLG 18, S. 34.

eine Außenwirkung bejaht.¹⁸⁶ Fraglich ist daher, ob den Materialien zum BGB eine Haltung des historischen Gesetzgebers gegen eine Außenwirkung des § 2038 BGB entnommen werden kann, die möglicherweise im Laufe der Zeit aus den Augen verloren wurde und auf die man sich ggf. zurückbesinnen müsste.

Die Entstehungsgeschichte zu § 2038 BGB gibt jedoch keinen Aufschluss darüber, ob nach den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers die Wirkungen des Mehrheitsbeschlusses auf das Innenverhältnis beschränkt bleiben sollten oder ihm auch Außenwirkung beigemessen werden sollte.¹⁸⁷

Die Gründe des historischen Gesetzgebers, sich hinsichtlich der Rechtsform der Erbengemeinschaft für die Gesamthand und gegen das römischrechtliche bzw. gemeinrechtliche System zu entscheiden,¹⁸⁸ stehen der Bejahung einer Außenwirkung jedenfalls nicht entgegen. Denn die Wahl für die Gesamthand resultierte in erster Linie aus dem Bestreben, den Nachlass, vor allem im Interesse der Nachlassgläubiger, als einheitliche Vermögensmasse zusammenzufassen und zu erhalten. Eine Zersplitterung auf die einzelnen Miterben, wie sie vom römischrechtlichen bzw. gemeinrechtlichen Vorbild vorgesehen war, sollte verhindert werden.¹⁸⁹ Dieses Ziel wurde mit der Ausgestaltung der Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft und der daraus resultierenden Vermögensseparation erreicht.¹⁹⁰ Die Art und Weise, wie das Sondervermögen verwaltet wird, berührt jedoch nicht seine grundsätzliche Zusammenfassung als einheitliche Vermögensmasse. Die Modalitäten der Verwaltung bewirken keine Vermögenszuordnung auf die Mehrheit im Sinne einer Zersplitterung des Nachlasses.

Die Motive zum BGB verdeutlichen, dass der historische Gesetzgeber einerseits „der Majorität die Möglichkeit [einräumen wollte], eine vom Standpunkte eines ordentlichen Hausvaters für sachgemäß zu erachtende Maßregel gegen den Willen der Minderheit durchzuführen.“¹⁹¹ Auf der anderen Seite sollte aber die Minderheit die Möglichkeit haben, den Richter anzurufen bzw. die Aufhebung der Erbengemeinschaft zu betreiben, soweit die Maßregel nicht der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters entspreche oder die Interessen der Minderheit verletze.¹⁹² Bei einer reinen

¹⁸⁶ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 51; Bartholomeyczik, Die Miterbengemeinschaft, 120 (191).

¹⁸⁷ Jülicher, AcP 175, 143 (148).

¹⁸⁸ siehe oben C. II.

¹⁸⁹ siehe oben C. II. 1, C II. 2. c.

¹⁹⁰ siehe oben C. II. 2.

¹⁹¹ Mot. II, S. 876.

¹⁹² Mot. II, S. 876.

Innenwirkung wäre an einer „Durchsetzung“ der Maßregel zu zweifeln, angesichts der Verzögerungen, die ein Prozess gegen die Minderheit zur Folge hätte und eine Maßnahme letztlich vollends zum Scheitern bringen könnte. Auf der anderen Seite sichert eine reine Innenwirkung des Mehrheitsbeschlusses der Minderheit maximalen Schutz. Ist nämlich die Mehrheit nicht bereits aufgrund des Mehrheitsbeschlusses ermächtigt und räumt die Minderheit der Mehrheit keine Vollmacht zum Handeln ein, so kommt es zum Prozess, in welchem die Rechtmäßigkeit der Maßnahme vor ihrer Ausführung überprüft werden kann.¹⁹³ Da diese beiden Belange offenbar schwer miteinander vereinbar sind, ist fraglich, welchem der historische Gesetzgeber die größere Bedeutung beimessen wollte. Den Materialien ist dies nicht zu entnehmen. Letztlich wird es auf die richtige Gewichtung dieser beiden Belange zueinander im Rahmen einer teleologischen Auslegung ankommen.¹⁹⁴

Führt man sich des Weiteren das PrALR vor Augen, welches zum Teil als Vorbild diente für die Regelungen des BGB über die Erbengemeinschaft, so erkennt man unschwer, dass dieses ausdrückliche und gesonderte Regelungen zur Verwaltung der Gemeinschaft im Innenverhältnis (PrALR I. 17, §§ 115, 36 ff.) einerseits und zum Abschluss von Verträgen mit Dritten im Außenverhältnis (PrALR I. 17, §§ 115, 52 f.) andererseits enthielt, was aber vom Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der §§ 2038 ff. BGB nicht entsprechend übernommen wurde.¹⁹⁵ Dies könnte dafür sprechen, dass der Gesetzgeber bewusst nur das Innenverhältnis in § 2038 BGB regeln wollte – PrALR I. 17, §§ 115, 36 ff. sprechen, wie auch § 2038 BGB, von „Verwaltung“ – und die Vertretung im Außenverhältnis den allgemeinen Regeln unterstellen wollte.¹⁹⁶ Es kann aber auch dahingehend interpretiert werden, dass der Gesetzgeber, dem diese Unterteilung zwischen Innen- und Außenverhältnis ja durchaus bewusst war, die Regelungen in §§ 2038 ff. BGB als ausreichend erachtete, um beides zu erfassen. Da die Erbengemeinschaft, anders als etwa die Gesellschaft (§§ 705 ff. BGB), ursprünglich nicht dazu gedacht war, verbende Zwecke zu verfolgen und eine extensive Teilnahme am Rechtsverkehr daher bei ihr nicht im Vordergrund stand, hat der historische Gesetzgeber nämlich entsprechend auf eine detaillierte Ausgestaltung der Handlungsorganisation, wie etwa bei der Gesellschaft, verzichtet.¹⁹⁷

¹⁹³ Jülicher, AcP 175, 143 (148).

¹⁹⁴ siehe unten F. III. 1. d. dd. (ii).

¹⁹⁵ Jülicher, AcP 175, 143 (148).

¹⁹⁶ Jülicher, AcP 175, 143 (148).

¹⁹⁷ siehe oben D. II.

bb. Wortlaut und systematische Stellung von § 745 BGB

Als erster Bezugspunkt für eine Wortlaut- und Systematikanalyse drängt sich einem zunächst die Regelung des § 745 BGB auf, schließlich enthält diese das Mehrheitsprinzip, auf welches § 2038 BGB in seinem Absatz 2 lediglich verweist. Der Wortlaut des § 745 BGB und seine systematische Stellung in §§ 744 ff. BGB geben jedoch keinen Aufschluss über eine mögliche Außenwirkung des darin erwähnten Mehrheitsbeschlusses.

Die Gegenansicht, die § 2038 BGB jede Außenwirkung absprechen möchte, weist darauf hin, dass § 745 BGB seinem Wortlaut nach lediglich die Willensbildung betrifft.¹⁹⁸ In der Tat spricht § 745 BGB lediglich von einer Befugnis der Mehrheit, „Beschlüsse“ über Maßnahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung zu fassen. Dies allein gibt jedoch keinen Aufschluss über eine mögliche Außenwirkung des darin erwähnten Mehrheitsbeschlusses.

Oertmann folgert aus dem Wortlaut und der systematischen Stellung des § 745 Abs. 1 BGB, dass dieser auch die Vertretung der Gemeinschaft erfassen müsse (über den Verweis in § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB auf § 745 Abs. 1 BGB würde dies dann auch für die Erbengemeinschaft gelten).¹⁹⁹ § 745 Abs. 1 BGB beziehe nämlich zum einen keine Stellung zu etwaigen Wirkungen des Mehrheitsbeschlusses, sodass ihm eine Beschränkung lediglich auf das Innenverhältnis nicht entnommen werden könne.²⁰⁰ Vielmehr wolle § 745 Abs. 1 BGB seinem Wortlaut nach den § 744 Abs. 1 BGB offenbar für sein Gebiet zurückdrängen.²⁰¹ Des Weiteren sei die Annahme einer lediglich bestehenden Innenwirkung des Mehrheitsbeschlusses schwer vereinbar mit der Regelung des § 746 BGB.²⁰² § 746 BGB beziehe sich sowohl auf § 744 BGB als auch auf § 745 BGB und wolle damit eine umfassende Bindung des Sonderrechtsnachfolgers an getroffene Verwaltungsmaßnahmen erreichen. Sonst müssten bei jedem Wechsel in der Zusammensetzung der Mitglieder Maßnahmen im Außenverhältnis erneut vorgenommen werden, um auch den Rechtsnachfolger daran zu binden und dies wäre kaum praktikabel.

¹⁹⁸ Jülicher, AcP 175, 143 (147).

¹⁹⁹ Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2 (Recht der Schuldverhältnisse), 5. Aufl., § 745, Anm. 3; Jülicher, AcP 175, 143 (147).

²⁰⁰ Oertmann, BGB, Band 2, 5. Aufl., 1928, § 745, Anm. 3.

²⁰¹ Oertmann, BGB, Band 2, 5. Aufl., 1928, § 745, Anm. 3.

²⁰² Oertmann, BGB, Band 2, 5. Aufl., 1928, § 745, Anm. 3.

Jülicher hält dem entgegen, dass die Regelung in § 746 BGB auch bei einer reinen Innenwirkung des § 745 BGB noch sinnvoll sei. Sie bestimme „[...] dann nämlich immer noch, daß der Nachfolger eines Mitglieds der Gemeinschaft an bereits gefaßte Mehrheitsbeschlüsse gebunden [ist] und somit keine neue Beschlußfassung verlangen [kann].“²⁰³ Im Zusammenspiel mit § 744 BGB schränke § 745 BGB den in § 744 Abs. 1 BGB enthaltenen Grundsatz gemeinschaftlicher Verwaltung lediglich für den Bereich der Willensbildung ein, für welche das Mehrheitsprinzip erleichternd gelte.²⁰⁴

§ 745 BGB kann seinem Wortlaut und seiner systematischen Stellung zu §§ 744, 746 BGB nach mit guten Argumenten in beide Richtungen hin interpretiert werden und führt daher in diesem Zusammenhang isoliert betrachtet nicht weiter.

cc. Wortlaut § 2038 BGB

Entscheidend ist im Rahmen der Wortlautanalyse auch vielmehr, wie man den in § 2038 BGB verwendeten Begriff der Nachlassverwaltung verstehen muss.

(i) § 2038 BGB als lediglich das Innenverhältnis betreffende Regelung?

Die Gegenansicht, welche § 2038 BGB jegliche Außenwirkung abspricht, möchte den Begriff der „Verwaltung“ in Abgrenzung zum Begriff der „Verpflichtung“ verstehen.²⁰⁵ Diese deckten sich nicht notwendigerweise, wie etwa eine Betrachtung des ehelichen Güterrechts und der Testamentsvollstreckung zeige, wo dem Verwalter Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis eigens zuerkannt werden müssten, da die Verwaltungsmacht hier offensichtlich nicht auch die Befugnis zum Außenhandeln umfasse (wobei wohl auf § 1450 Abs. 1 S. 1 BGB, §§ 2205, 2206 Abs. 1 S. 1 BGB angespielt wird) und auch § 2206 Abs. 1 S. 2 BGB begründe eine Verpflichtungsbefugnis des Verwalters, wo diesem die Verwaltungsmacht fehle.²⁰⁶

Da § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB seinem Wortlaut nach nur die „Verwaltung des Nachlasses“ betreffe, müsste dies als Gegensatz verstanden werden zu einer „[...] Verpflichtung der Miterbengemeinschaft als Kollektiv gegenüber einem Nachlassgläubiger.“²⁰⁷ Zu unterscheiden seien hier der Begriff „Verwaltung“, welcher nur die Willensbildung im Innenverhältnis betreffe, und der Begriff

²⁰³ Jülicher, AcP 175, 143 (147).

²⁰⁴ Jülicher, AcP 175, 143 (147).

²⁰⁵ Bartholomeyczik, FS Reinhardt, 13 (27).

²⁰⁶ Wiedemann, GmbHRdSch 1969, 247.

²⁰⁷ Bartholomeyczik, FS Reinhardt, 13 (27).

„Verwaltungsmaßregel“ bzw. „Verwaltungsmaßnahme“, wovon Handlungen in Ausführung der Willensbildung erfasst seien, die sich im Innenverhältnis erschöpfen, aber auch Rechtsgeschäfte im Außenverhältnis betreffen können.²⁰⁸ Der Begriff der Verwaltung soll demnach in Abgrenzung zu einer Teilnahme am Rechtsverkehr zu verstehen sein.²⁰⁹

Dass dem Mehrheitsbeschluss keine Außenwirkung zukommt, soll sich zudem aus einer Gegenüberstellung von § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 1 und Hs. 2 BGB ergeben.²¹⁰ Wobei wohl darauf abgestellt wird, dass für Maßnahmen im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung eine Verpflichtung zur Mitwirkung der übrigen Miterben statuiert wird, während Notverwaltungsmaßnahmen jeder Miterbe ohne jede Mitwirkung der anderen Miterben „treffen“ kann.

(ii) Begriff der Nachlassverwaltung

Bei näherer Betrachtung des Begriffs der Nachlassverwaltung im Sinne von § 2038 BGB, wie er durch Rechtsprechung und Literatur geprägt wurde, wird jedoch deutlich, dass sich Nachlassverwaltung richtigerweise nicht in Maßnahmen erschöpft, die lediglich zwischen den Miterben wirken und der Begriff mithin auch nicht als Gegenstück zum Verpflichtungsgeschäft zu verstehen ist, sondern dieses vielmehr mit umfasst.

Zunächst ist hierzu zu bemerken, dass die Verwendung der Begriffe „Verwaltung“, „Verpflichtung“ und „Verfügung“ in den § 1450 Abs. 1 S. 1 BGB, §§ 2205, 2206 Abs. 1 S. 1 BGB durchaus anders zu verstehen ist, als von der Gegenansicht behauptet. Gemäß § 1450 Abs. 1 S. 1 BGB sind die Ehegatten „insbesondere“ berechtigt, über das Gesamtgut gemeinschaftlich zu verfügen, gemäß §§ 2205 S. 2 BGB ist der Testamentsvollstrecker zur Verwaltung des Nachlasses „insbesondere“ berechtigt, über die Nachlassgegenstände zu verfügen und gemäß §§ 2206 Abs. 1 S. 1 BGB ist der Testamentsvollstrecker berechtigt, Verbindlichkeiten für den Nachlass einzugehen, soweit diese Eingehung „zur“ ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist. Daraus wird deutlich, dass im Rahmen dieser Vorschriften die Befugnisse zur Vornahme von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften als Konkretisierung der Verwaltungstätigkeit zu verstehen und damit Bestandteile des Verwaltungsrechts

²⁰⁸ Bartholomeyczik, Erbrecht, 8. Aufl., § 38 II 1 c.

²⁰⁹ Wiedemann, GmbHRdSch 1969, 247; Bartholomeyczik, Die Miterbengemeinschaft, 120 (191).

²¹⁰ v. Lübtow, Erbrecht, Halbband II, S. 803.

sind.²¹¹ Auch § 2206 Abs. 1 S. 2 BGB steht dem nicht entgegen. Wegen § 2206 Abs. 1 S. 1 BGB besteht eine Diskrepanz für das Außenhandeln des Testamentsvollstreckers. § 2206 Abs. 1 S. 1 BGB beschränkt den Testamentsvollstrecker nämlich nur im Hinblick auf Verpflichtungsgeschäfte, die er nur vornehmen darf, soweit deren Eingehung zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist. Für Verfügungsgeschäfte besteht eine entsprechende Beschränkung nicht, diese darf der Testamentsvollstrecker grundsätzlich unbeschränkt vornehmen gemäß § 2205 S. 2 BGB und haftet lediglich nach §§ 2216 Abs. 1, 2219 BGB. Folglich dürfte er ein Verfügungsgeschäft, welches außerhalb ordnungsmäßiger Verwaltung liegt, zwar wirksam vornehmen, das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft aber nicht, sodass hier regelmäßig kondiziert werden könnte. Um dem entgegenzuwirken, wird die Beschränkung des § 2206 Abs. 1 S. 1 BGB durch die Regelung in § 2206 Abs. 1 S. 2 BGB „ausgeschaltet“ und die Verletzung der Verpflichtung des Testamentsvollstreckers zur ordnungsmäßigen Verwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB) in diesen Fällen als unbeachtlich angesehen, mit der Folge, dass das Verpflichtungsgeschäft wirksam vom Verwalter vorgenommen werden kann.²¹² Anders als die Gegenansicht behauptet, wird dadurch nicht eine neue Verpflichtungsbefugnis außerhalb der Verwaltungsmacht des Testamentsvollstreckers geschaffen, sondern vielmehr die Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers seiner Verfügungsbefugnis angepasst, die ja von seiner Verwaltungsmacht umfasst ist (§ 2205 S. 2 BGB). Dieser Verwaltungsmacht soll Geltung verschafft werden, weshalb hier letztlich eine zu eng verstandene Verpflichtungsbefugnis der bestehenden Verwaltungsmacht angepasst wird. Aus diesem (richtigen) Verständnis der § 1450 Abs. 1 S. 1 BGB, §§ 2205, 2206 Abs. 1 S. 1 BGB resultiert, dass der Verwaltungsbegriff durchaus auch Verpflichtungsgeschäfte umfassen kann und nicht als Gegenbegriff dazu verstanden werden muss.

Im Bereich der Erbengemeinschaft spricht das Gesetz in § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB von „Verwaltung des Nachlasses“ und greift diesen Begriff in § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 1 und §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 BGB wieder auf, wenn es von ordnungsmäßiger

²¹¹ Palandt/*Brudermüller*, BGB, 72. Aufl., § 1450, Rn. 5; Palandt/*Weidlich*, BGB, 72. Aufl., § 2205, Rn. 22; Staudinger/*Thiele*, BGB (2007), § 1450, Rn. 6.

²¹² Palandt/*Weidlich*, BGB, 72. Aufl., § 2206, Rn. 2.

„Verwaltung“ spricht. Der Begriff wird jedoch im Gesetz nicht definiert oder klar umrissen²¹³, weshalb er zuweilen als „dunkel“ und „vieldeutig“ bezeichnet wird²¹⁴.

Für eine Erstreckung des Verwaltungsbegriffs auf außenwirksame Handlungen spricht zunächst § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 1 BGB, wonach jeder Miterbe den anderen gegenüber verpflichtet ist, zu Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind. Eine solche Mitwirkungspflicht für die Willensbildung im Innenverhältnis ist nicht notwendig.²¹⁵ Sinnvollerweise richtet sich die Mitwirkungspflicht daher vor allem auf Maßnahmen im Außenverhältnis²¹⁶, dies bestreitet auch die Gegenansicht nicht.²¹⁷ Wenn solche Maßnahmen zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind, dann versteht das Gesetz sie aber wohl auch als Teil der Verwaltung.

Einen weiteren wichtigen Anhaltspunkt für eine Interpretation des Begriffs kann § 1978 BGB liefern, wo der Begriff der „Verwaltung des Nachlasses“ ebenfalls verwendet wird. Nach den Motiven ist damit „[...] die gesamte tatsächliche und rechtliche Verfügung über das verwaltete Gut [...]“²¹⁸ gemeint und der Begriff daher weit zu verstehen.²¹⁹ Der Begriff der Verwaltung in § 2038 I 1 BGB soll nach der herrschenden Meinung im gleichen umfassenden Sinn zu verstehen sein und damit Maßnahmen sowohl im Innen- wie auch im Außenverhältnis erfassen.²²⁰

Dafür spricht, dass § 1978 BGB den/die Erben zur Verantwortung ziehen möchte für die gesamte Verwaltungstätigkeit des/der Erben, welche bis zur Anordnung der Nachlassverwaltung oder Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens ja im Einflussbereich des/der Erben lag. Die Regelung einer derart weiten Haftung wäre nicht erforderlich, wenn diese Maßnahmen nicht auch mit Wirkung gegen den Nachlass vorgenommen werden könnten. Regelt § 1978 BGB die Konsequenzen einer gelebten Verwaltungstätigkeit, und damit auch einer Verwaltungstätigkeit i.R.d. §§ 2038 ff. BGB, so müssen sich diese Begriffe konsequenterweise decken.

²¹³ MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., § 2038, Rn. 14; *Bamberger/Roth/Lohmann*, Band 3, 3. Aufl., § 2038, Rn. 1.

²¹⁴ *Wiedemann, GmbHRdSch* 1969, 247; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, S. 14; *Bartholomeyczik*, Das Aktienpaket in der Miterbengemeinschaft, FS *Lange*, 343 (352, 353).

²¹⁵ siehe oben F. III. 1. c.

²¹⁶ *Kretzschmar*, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 595; *BGB-RGRK/Kregel*, 12. Aufl., § 2038, Rn. 4; *Bartholomeyczik*, Die Miterbengemeinschaft, 120 (192).

²¹⁷ siehe oben F. III. 1. c.

²¹⁸ *Mot. V*, S. 627.

²¹⁹ MüKo BGB/*Gergen*, Band. 9, 5. Aufl., § 1978, Rn. 10; *Brox/Walker*, Erbrecht, 24. Aufl., Rn. 490; *Staudinger/Werner*, BGB (2010), § 2038, Rn. 6.

²²⁰ *Brox/Walker*, Erbrecht, 24. Aufl., Rn. 490; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, S. 14.

Unter Nachlassverwaltung sind folglich nach einer Formel, die sich auch der III. BGH Zivil-Senat zu eigen gemacht hat, alle „Maßregeln“ zu verstehen, „die zur Verwahrung, Sicherung, Erhaltung und Vermehrung sowie zur Gewinnung der Nutzungen und Bestreitung der laufenden Verbindlichkeiten erforderlich oder geeignet sind.“²²¹ Nach einer von *Werner* geprägten Definition (unter Bezugnahme auf dasselbe BGH Urteil) umfasst Nachlassverwaltung im Sinne von § 2038 BGB „alle tatsächlichen und rechtlichen Maßnahmen, die auf Erhaltung, Nutzung und Mehrung des Nachlasses gerichtet sind.“²²²

Der Begriff wurde in der Literatur überwiegend in einer Kombination der beiden Definitionen übernommen (weitestgehend unter Bezugnahme auf das Urteil des III. BGH-Zivilsenats²²³). Nachlassverwaltung im Sinne von § 2038 BGB sind demnach „alle rechtlichen und tatsächlichen Maßnahmen, die der Verwahrung, Sicherung, Erhaltung und Vermehrung des Nachlasses, der Gewinnung der Nutzungen und zum Bestreiten der laufenden Verbindlichkeiten erforderlich und geeignet sind“ (so oder in Variationen überall zu finden).²²⁴

(iii) Ergebnis

Der Begriff der Verwaltung im Sinne von § 2038 BGB ist folglich weit zu verstehen und erfasst sowohl die Willensbildung im Innenverhältnis als auch die Handlungen, die zu deren Durchführung im Außenverhältnis erforderlich sind.²²⁵

Schlüter, Erman und *v. Lübtow* widersprechen einander in dieser Diskussion insofern, als sie einerseits einen weiten Verwaltungsbegriff im Rahmen des § 2038 BGB anerkennen, welcher sowohl Maßnahmen im Innen- als auch im Außenverhältnis

²²¹ BGH FamRZ 1965, S. 267; BGH MittBayNot 2006, 245; Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 14; Hausmann/Hohloch/Ann, Handbuch des Erbrechts, 2. Aufl., Kapitel 20 B I 2 a.

²²² Staudinger/*Werner*, BGB (2010), § 2038, Rn. 4; Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 14.

²²³ BGH FamRZ 1965, S. 267.

²²⁴ Palandt/*Weidlich*, BGB, 72. Aufl., § 2038, Rn. 3; Bamberger/*Roth/Lohmann*, Band 3, 3. Aufl., § 2038, Rn. 1; Rißmann, Die Erbengemeinschaft (2009), § 4 D II, Rn. 51; NK-BGB/*Ann*, Band 5, 3. Aufl., § 2038, Rn. 6; Bonefeld/Wachter/*Rißmann*, Der Fachanwalt für Erbrecht, 2. Aufl., § 9, Rn. 82; Staudinger/*Werner*, BGB (2010), § 2038, Rn. 4; Soergel/Wolf, 13. Aufl., § 2038, Rn. 2; Erman/*Schlüter*, BGB, 13. Aufl., § 2038, Rn. 1; jurisPK-BGB/*Schütte*, Band 5 (Erbrecht), 6. Aufl., § 2038, Rn. 16; Olzen, Erbrecht, 3. Aufl., Rn. 973; BGB-RGRK/*Kregel*, 12. Aufl., § 2038, Rn. 1; Brox/Walker, Erbrecht, 24. Aufl., Rn. 490; Kipp/Coing, Erbrecht, 14. Aufl., § 114 IV 1; Michalski, Erbrecht, 4. Aufl., § 22 III, Rn. 837; Werber, Die Erbengemeinschaft, § 1 A II, Rn. 3; Dietz, Erbrecht, Ein Grundriss, § 25 III 1.

²²⁵ Brox/Walker, Erbrecht, 24. Aufl., Rn. 490; Kipp/Coing, Erbrecht, 14. Aufl., § 114 IV 1; Staudinger/*Werner*, BGB (2010), § 2038, Rn. 6; Dietz, Erbrecht, § 25 III 1.

umfassen soll, andererseits aber § 2038 BGB nur im Innenverhältnis anwenden wollen.²²⁶

dd. Sinn und Zweck der Mehrheitsverwaltung nach §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 BGB – Effiziente Verwaltung vs. Minderheitenrechte

(i) Schutzrichtung der Regelungen über die Mehrheitsverwaltung

Durch den Abschluss von Verpflichtungsgeschäften kann der Nachlass mit Verpflichtungen belastet und damit zum Nachteil von Nachlassgläubigern und Erben geschmälert werden.²²⁷ Gewährte man der überstimmten Minderheit im Rahmen der Mehrheitsverwaltung bei der Umsetzung der beschlossenen Maßnahme weitreichende Mitwirkungsrechte, würde die Nachlassverwaltung deutlich erschwert. Diese Erschwerung reduziert deutlich die Möglichkeit des Abschlusses von Rechtsgeschäften. Darin liegt ein gewisser Schutz für den Nachlass vor der Belastung mit neuen Schulden und damit vor seiner Schmälerung.²²⁸

Ein Schutz der Nachlassgläubiger erfolgt dabei jedoch nur reflexartig. Ihre Belange stehen nicht im Fokus der Regelungen über die Mehrheitsverwaltung.²²⁹ Dies scheint auf den ersten Blick dem oben festgestellten Sinn und Zweck der Nachlassverwaltung zu widersprechen, welcher den Schutz der Nachlassgläubiger *und* der Miterben im Blick hat.²³⁰

Das Interesse der Nachlassgläubiger ist darauf gerichtet, dass der Nachlass nicht aufgezehrt wird, sondern als Haftungsgrundlage erhalten bleibt. Von Interesse für sie ist daher, ob eine Nachlassverbindlichkeit begründet wird oder nicht. Aufgrund der klagbaren Mitwirkungspflicht des § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 1 BGB aber, kann die Umsetzung einer im Innenverhältnis von der Mehrheit beschlossenen Maßnahme im Außenverhältnis letztlich nicht verhindert werden, es kommt zu der Begründung einer Nachlassverbindlichkeit, soweit denn deren Voraussetzungen gegeben sind. Bei Notverwaltungsmaßnahmen kann eine Nachlassverbindlichkeit sogar durch einen einzelnen Miterben begründet werden (wiederum natürlich nur, wenn die Voraussetzungen qualitativ erfüllt sind). Egal also, in welcher Konstellation, ob

²²⁶ Schlüter, Erbrecht, 16. Aufl., Rn. 669, Rn. 678; Erman/Schlüter, BGB, 13. Aufl., § 2038, Rn. 1 und Rn. 12; v. Lübtow, Erbrecht Halbband II, S. 802, 803; Bartholomeyczik, Erbrecht, 8. Aufl., § 38 II 1 c.

²²⁷ Jülicher, AcP 175, 143 (149).

²²⁸ Jülicher, AcP 175, 143 (149).

²²⁹ Jülicher, AcP 175, 143 (150).

²³⁰ siehe oben D. I.

gemeinschaftlich, mehrheitlich oder einzeln, soweit die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind, können die Erben Nachlassverbindlichkeiten begründen, die den Nachlass schmälern. Der Begriff der Ordnungsmäßigkeit i.S.v. § 745 BGB hat daher nichts gemein mit dem von der Rechtsprechung im Zusammenhang mit § 1978 BGB für die Entstehung von Nachlassverbindlichkeiten entwickelten Begriff der Ordnungsmäßigkeit.²³¹ Während dieser Begriff den Schutz der Nachlassgläubiger im Auge hat, dient der Begriff der Ordnungsmäßigkeit i.S.v. § 745 BGB vielmehr der Abgrenzung der ordnungsmäßigen Verwaltung zur außerordentlichen Verwaltung und bezweckt, mit seiner Ausrichtung am Interesse der Teilhaber (also der Miterben), primär den Schutz der Minderheitserten.

Es besteht auch ein legitimes Interesse der überstimmten Minderheit, den gefassten Beschluss, dessen Ausgang sie nicht billigt, überprüfen zu lassen und eigene Rechte zu wahren, wofür der Minderheit in angemessener Weise effektiver Rechtsschutz zu gewähren ist.²³² Auf der anderen Seite muss jedoch auch eine gegen den Widerspruch einzelner Miterben sachgemäße Verwaltung des Nachlasses im Alltag möglich sein.²³³ Schließlich sind die Regelungen der Mehrheitsverwaltung in dem Gesamtkontext der Nachlassverwaltung, in den sie eingebettet sind, zu betrachten. Daher ist zu fragen, ob eine Schwerfälligkeit der Verwaltung für einen effektiven Schutz der Minderheitserten unabdingbar ist oder ob ein Schutz der Minderheitserten nicht auf andere, mit dem Sinn und Zweck der Nachlassverwaltung verträglicheren Weise erreicht werden kann.

(ii) Minderheitenschutz vs. Praktikabilität

Ein Recht des einzelnen Erben zur Mitwirkung an der Nachlassverwaltung ergibt sich aus § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach die Verwaltung den Erben gemeinschaftlich zusteht und besteht als Kehrseite zu der in § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 1 BGB statuierten Pflicht jedes Miterben, an der Verwaltung des Nachlasses mitzuwirken.²³⁴

Soweit *Bartholomeyczik* daher von einer „[...] vom institutionalisierten Gesamthandsprinzip garantierte[n] Mindestmitwirkung der Minderheit an der

²³¹ siehe oben F. III. 1. a.

²³² Mot. II, 876; Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 50.

²³³ siehe oben E. III. 1.

²³⁴ Jülicher, AcP 175, 143 (151); Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 38, 81; Staudinger/Werner, BGB (2010) § 2038, Rn. 15; Planck, Band 5 (1930), § 2038, Anm. 1; Bartholomeyczik, Die Miterbengemeinschaft, 120 (192); BGHZ 6, 76 (82).

Verwaltung [...]“²³⁵ spricht, ist jedoch fraglich, wie weitreichend dieses Mitwirkungsrecht zu verstehen ist, ob es also auf ein Recht zur Teilnahme an der Beschlussfassung zu beschränken ist²³⁶, verbunden mit entsprechend hinreichenden Möglichkeiten gerichtlicher Überprüfung, oder ob das Mitwirkungsrecht so weitreichend aufzufassen ist, dass die Minderheit auch stets an der Ausführung der Maßnahmen im Außenverhältnis zu beteiligen ist.

Zunächst ist festzuhalten, dass der Mehrheitsherrschaft durch das Gesetz Grenzen gesetzt sind: Eine wesentliche Veränderung des Nachlasses kann nicht Gegenstand des Beschlusses sein (§§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 3 BGB). Die mit Stimmenmehrheit beschlossene Maßnahme muss zudem der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstands (also dem Nachlass) und dem Interesse aller Miterben nach billigem Ermessen entsprechen und darf nicht Rechte einzelner Erben ohne ihre Zustimmung beeinträchtigen.²³⁷ Außerhalb dieses Rahmens ist ein Beschluss mit Stimmenmehrheit jedenfalls nicht zulässig und damit nicht wirksam. Die Minderheit wird ein Interesse daran haben, sicherzustellen, dass diese Grenzen auch tatsächlich eingehalten werden.

Fraglich ist, welche Mittel der Minderheit an die Hand gegeben werden können und müssen, damit sie ihre Interessen in angemessener Weise wahren kann.

Einer Ansicht nach hätte eine Außenwirkung des Mehrheitsbeschlusses zur Folge, dass der Mehrheit auf Kosten der Minderheit „absolute Herrschaft“ bei der Verwaltung zugebilligt und die Minderheit dabei völlig verdrängt würde.²³⁸ Die Interessen der Minderheit blieben auf der Strecke, von effektivem Rechtsschutz könnte keine Rede sein.²³⁹ Demgegenüber wäre die Mehrheit gezwungen, auf die Interessen der Minderheit Rücksicht zu nehmen, wenn sie beim Vertragsschluss auf die Mitwirkung der überstimmten Minderheit angewiesen wäre.²⁴⁰ Jeder einzelne Miterbe könnte sich vergewissern, ob seine Interessen in Bezug auf den Nachlass gewahrt werden und überwachen, ob die Maßnahme genau wie beschlossen umgesetzt wird.²⁴¹ Eine derart lückenlose Beteiligung der Minderheit könnte so für eine optimale, alle Interessen berücksichtigende Verwaltung des Nachlasses sorgen, was auch den

²³⁵ Bartholomeyczik, FS Reinhardt, 13 (24).

²³⁶ so etwa Planck, Band 5 (1930), § 2038, Anm. 1; Boehmer, AcP 144, 62(66).

²³⁷ siehe oben E. III. 1.

²³⁸ Bartholomeyczik, FS Reinhardt, 13 (22); Jülicher, AcP 175, 143 (145).

²³⁹ Jülicher, AcP 175, 143 (145, 152, 153); BGB-RGRK/v. Gamm, 12. Aufl., § 745, Rn. 10.

²⁴⁰ Jülicher, AcP 175, 143 (152).

²⁴¹ Jülicher, AcP 175, 143 (151).

Nachlassgläubigern zugute käme.²⁴² Dem Mehrheitsbeschluss solle daher keine Außenwirkung zukommen, vielmehr solle ein Mitwirken der Minderheit im Außenverhältnis notwendig sein, um das im Innenverhältnis Beschlossene umzusetzen. Die Mehrheit müsse dabei ggf. den Widerstand der Minderheit klageweise überwinden, sodass der Minderheit die Möglichkeit eröffnet wird, die Mehrheitsentscheidung einer gerichtlichen Entscheidung zuzuführen, bevor vollendete Tatsachen geschaffen werden.²⁴³ Auf diese Weise wäre ein effektiver Rechtsschutz für die Minderheit sichergestellt, da dem Widerspruch der Minderheit quasi ein Suspensiveffekt für das Außenhandeln zukäme.²⁴⁴ Der Mehrheit würde auferlegt, den *Status quo* zu ändern, anstatt es der Minderheit aufzubürden, den *Status quo* wiederherzustellen, was zwischenzeitlich unter Umständen bereits unmöglich geworden sein kann.²⁴⁵ Dies hätte auch den Vorteil, dass eventuelle interne Streitigkeiten zunächst ausgetragen werden müssten, bevor mit Dritten rechtsgeschäftlich in Kontakt getreten wird. Die Mehrheit sei dabei in ausreichender Weise geschützt. Denn das Interesse der Mehrheit an der Handlungsfähigkeit der Erbengemeinschaft und dem Erhalt des Nachlasses sei bereits hinreichend berücksichtigt über die klageweise durchsetzbare Mitwirkungspflicht gegen die Minderheit gemäß § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 1 BGB und über das Notverwaltungsrecht gemäß § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 2 BGB, mittels dessen die Mehrheit drohende Verluste jederzeit abwenden könne.²⁴⁶ Die Mehrheit habe demnach hinreichende Mittel, um sich gegen eine obstruierende Minderheit zur Wehr zu setzen.²⁴⁷

Auch wenn diese Ansicht der überstimmten Minderheit am besten zu effektivem Rechtsschutz verhelfen vermag, so führt sie in der Praxis doch zu untragbaren Ergebnissen, zumal ein ausreichender Rechtsschutz der Minderheit auch sichergestellt ist, wenn man der Mehrheit eine Ermächtigung zum Außenhandeln zubilligt. Dies wurde in der Rechtsprechung des BGH auch nach und nach anerkannt.

In seinem Urteil vom 14.12.1967 bejahte der II. Zivilsenat des BGH zwar eine Außenwirkung des Mehrheitsbeschlusses, beschränkte diese aber auf Situationen, in denen ansonsten vollendete Tatsachen geschaffen würden, mithin auf Eil- und

²⁴² Jülicher, AcP 175, 143 (150); Bartholomeyczik, Die Miterbengemeinschaft, 120 (174).

²⁴³ v. Lübtow, Erbrecht, Halbband II, S. 803; Jülicher, AcP 175, 143 (145); BGB-RGRK/v. Gamm, 12. Aufl., § 745, Rn. 10.

²⁴⁴ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 50.

²⁴⁵ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 50.

²⁴⁶ Jülicher, AcP 175, 143 (150, 151).

²⁴⁷ Jülicher, AcP 175, 143 (150, 151).

Notfälle.²⁴⁸ In diesem Urteil äußerte der II. Zivilsenat Bedenken gegen die Entscheidung des V. Zivilsenats im Beschluss vom 30.1.1951 in LM § 2038 Nr. 1, in welcher der BGH dafürhielt, dass die Kündigung eines Pachtvertrags als Verwaltungshandeln (im Gegensatz zu einer Verfügung) wirksam durch die Mehrheit einer Erbengemeinschaft vorgenommen werden könne. Der II. Zivilsenat bezweifelte, dass dabei ein ausreichender Schutz der Minderheit gewährleistet sei.²⁴⁹ Er war der Ansicht, dass es der Mehrheit durchaus zumutbar wäre, die Minderheit zunächst auf ihre Mitwirkung zu verklagen, bevor sie nach außen hin tätig werde, da im Falle des Vorliegens eines rechtmäßigen Mehrheitsbeschlusses ohnehin ein in ihrem Sinne ergehendes Urteil zu erwarten wäre und die Minderheit zur Mitwirkung verpflichtet sei.²⁵⁰ Demgegenüber bestünden Zweifel daran, ob es der Minderheit zumutbar sei, auf den Klageweg verwiesen zu werden, denn ein Urteil, welches die Unwirksamkeit des Beschlusses feststellen würde, käme in der Regel zu spät.²⁵¹ Die Mehrheit könnte somit vollendete Tatsachen schaffen und der Minderheit verblieben lediglich Schadensersatzansprüche gegen die Mehrheit.²⁵² Die Frage wurde nicht abschließend geklärt, da die Voraussetzungen eines Eil- bzw. Notfalls vorlagen.²⁵³ In solchen Fällen dringlicher Maßnahmen, die ein umgehendes Handeln der Erbengemeinschaft erfordern, käme nämlich die Mehrheit mit einer Klage gegen die Minderheit auf Mitwirkung regelmäßig zu spät und würde vor vollendete Tatsachen gestellt – die Lage wäre also spiegelbildlich zur zuerst geschilderten.²⁵⁴ Nur in solchen Fällen sollte nach Ansicht des BGH die Mehrheit von der Minderheit nicht lahmgelegt werden können.²⁵⁵ In dem Urteil heißt es dazu:

„Wenn Gefahr im Verzuge ist, ein Urteil zu spät kommen würde und mangels Einigkeit der Mitberechtigten vollendete Tatsachen entstanden, kann es die Minderheit nicht in der Hand haben, die Ausführung der beschlossenen Maßnahme zu verhindern und die Mehrheit auf einen Schadensersatzanspruch zu beschränken. Daher muss ein gemäß § 745 Abs. 1 S. 1 BGB ergangener

²⁴⁸ BGHZ 49, 183 ff.; Eрман/*Bartholomeyczik*, BGB, 5. Aufl., § 2038, Rn. 2.

²⁴⁹ Eрман/*Bartholomeyczik*, BGB, 5. Aufl., § 2038, Rn. 2.

²⁵⁰ BGHZ 49, 183 (192).

²⁵¹ BGHZ 49, 183 (192).

²⁵² BGHZ 49, 183 (192).

²⁵³ BGH NJW 1971, 1265 (1266).

²⁵⁴ BGHZ 49, 183 (193).

²⁵⁵ BGHZ 49, 183 (193).

Mehrheitsbeschluß in Eil- oder Notfällen von der Mehrheit ausgeführt werden können.²⁵⁶

Dies deckt sich mit der Regelung des § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 2 BGB, sodass der BGH hier im Ergebnis offenbar lediglich für diese Alternative des § 2038 BGB eine Außenwirkung anerkennen wollte.

In der Folge hat der III. Zivilsenat des BGH in seiner Entscheidung vom 29.3.1971 berechtigterweise den im Urteil vom 14.12.1967 geäußerten Bedenken des II. Zivilsenats eine Absage erteilt und die Auffassungen des V. Zivilsenats in BGH LM § 2038 Nr. 1 und des IV. Zivilsenats im Urteil vom 27.10.1956 (IV ZR 126/56) bestätigt.²⁵⁷ Der Leitsatz im Urteil des III. Zivilsenats des BGH vom 29.3.1971 lautet dementsprechend (in lit. a):

„Hat die Mehrheit der Miterben eine ordnungsmäßige Maßnahme zur Verwaltung des Nachlasses – nicht Verfügung²⁵⁸ – beschlossen, so kann sie die Maßnahme auch ohne die Mitwirkung der überstimmten Miterben mit Wirkung für und gegen die Erbengemeinschaft ausführen.“²⁵⁹

Der III. Zivilsenat weist zutreffend auf die Bürden hin, die sich in der Rechtspraxis für eine ordnungsmäßige Verwaltung ergeben würden, verwies man die Mehrheit zunächst auf den Rechtsweg. Müsste nämlich die bei der Beschlussfassung überstimmte Minderheit im Stadium der Ausführung stets (auf Grundlage der § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 1 BGB, § 894 ZPO) verklagt werden, würde dies zu Verzögerungen führen, die mit einer ordnungsmäßigen Verwaltung unvereinbar sind.²⁶⁰

„Die meisten Maßnahmen, die bei der Verwaltung insbesondere bedeutender Nachlaßvermögen nötig werden, können nicht ohne Nachteil bis zur Erledigung eines Rechtsstreits aufgeschoben werden. Darauf hat das OLG Kiel²⁶¹ bereits im Jahre 1905 [...] zutreffend hingewiesen. Es kann schwerlich gesagt werden, daß die Verhältnisse seither einfacher und die Möglichkeiten, schnell zu einer

²⁵⁶ BGHZ 49, 183 (193).

²⁵⁷ BGH NJW 1971, 1265 (1266).

²⁵⁸ Die h.M. beschränkt die Ermächtigung der Mehrheit im Außenverhältnis zu Recht auf Verpflichtungsgeschäfte (siehe unten F. III. 2.).

²⁵⁹ BGHZ 56, 47 = BGH NJW 1971, 1265 – Bestätigung von BGH, LM Nr. 1 zu § 2038 BGB und BGH Urt v 27.10.1956 – IV ZR 126/56.

²⁶⁰ BGH NJW 1971, 1265 (1266).

²⁶¹ OLG Kiel Seuff-Arch. 61, Nr. 131.

abschließenden gerichtlichen Entscheidung zu kommen, besser geworden seien.“²⁶²

Vierzig Jahre nach dieser Aussage des BGH hat sich an der im Durchschnitt zu erwartenden langen Dauer eines Gerichtsverfahrens aufgrund der chronischen Überlastung der Gerichte nicht viel geändert.

Schließlich wird eine widerstrebende Minderheit aufgrund der (klagbaren) Mitwirkungspflicht aus § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 1 BGB den Vertragsschluss letztlich ohnehin nicht verhindern können.²⁶³ Dann ist aber auch die Verzögerung bei der Umsetzung der Maßnahme nicht gerechtfertigt, die sich durch einen Prozess gegen die Minderheit ergeben würde und die Umsetzung der Maßnahme gefährden kann. Die unnötige Verzögerung wirtschaftlich gebotener Maßnahmen schadet letztlich auch dem Nachlass. Wenn beispielsweise eine sinnvolle Reparaturmaßnahme, welche zwar noch nicht die für die Notverwaltung erforderliche Dringlichkeit erreicht hat, aufgrund der Weigerung der Minderheit verzögert werden muss, bis die Schädigung sich derart ausweitete, dass letztlich die Notverwaltung greift, so wird die Erbengemeinschaft im Rahmen später erfolgender Notverwaltungsmaßnahmen mit sehr viel höheren Kosten konfrontiert. Dies entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Nachlassverwaltung, den Nachlass als Haftungsgrundlage für Nachlassgläubiger und Miterben zu erhalten.²⁶⁴

Die Ermächtigung der Mehrheit zum Handeln im Außenverhältnis wird zudem gerade nur aus einem wirksamen Mehrheitsbeschluss hergeleitet.²⁶⁵ Liegt ein solcher aber dem entsprechenden Handeln im Außenverhältnis nicht zugrunde, so handelt die Mehrheit ohne Ermächtigung und damit als Vertreter ohne Vertretungsmacht.²⁶⁶ Die Rechtsfolgen richten sich dann nach §§ 177 ff. BGB.²⁶⁷ Soweit auch eine Genehmigung seitens der Minderheit nicht erfolgt (§ 177 Abs. 1 BGB), haftet die Mehrheit gemäß § 179 Abs. 1 BGB dem Vertragspartner wahlweise auf Erfüllung oder auf Schadensersatz, während die Erbengemeinschaft aus dem von der Mehrheit getätigten Rechtsgeschäft nicht verpflichtet wird. Einer Kontrolle durch die Minderheit bei der Umsetzung des Mehrheitsbeschlusses im Außenverhältnis bedarf es insofern

²⁶² BGH NJW 1971, 1265 (1266).

²⁶³ Jülicher, AcP 175, 143 (146); Brox/Walker, Erbrecht, 24. Aufl., Rn. 505.

²⁶⁴ siehe oben D.I.

²⁶⁵ BGH NJW 1971, 1265 (1266).

²⁶⁶ BGH NJW 1971, 1265 (1266).

²⁶⁷ BGH NJW 1971, 1265 (1266).

nicht, da die Gefahr der Belastung des Nachlasses mit einer Verbindlichkeit ohne einen entsprechenden, wirksamen Mehrheitsbeschluss nicht besteht.²⁶⁸

Wurde dagegen ein wirksamer Mehrheitsbeschluss gefasst, ist gemäß § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 1 BGB jeder Miterbe verpflichtet, zu Maßregeln der ordnungsmäßigen Verwaltung mitzuwirken, also auch bei der Umsetzung einer Maßnahme im Außenverhältnis.²⁶⁹ Verweigert ein Erbe diese gesetzlich statuierte Mitwirkungspflicht, so handelt er rechtswidrig. Rechtswidrige Handlungen aber „[...] können unmöglich vom Recht sanktioniert und mit der Kraft ausgestattet werden, die pflichtmäßig Handelnden an der Ausführung der für alle Beteiligten bindenden Beschlüsse zu hindern. Sie sind vielmehr im Verhältnis der Beteiligten zueinander unbeachtlich, rechtlich nicht vorhanden, wie die Schikanehandlungen des § 226 [BGB], und daher ist die Rechtslage so zu beurteilen, als ob sie nicht erfolgt wären.“²⁷⁰

Zu bedenken ist des Weiteren, dass gemäß §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB die Erben durch Mehrheitsbeschluss die Verwaltung des Nachlasses regeln können. Im Zuge einer solchen Regelung können die Mehrheitserben die gesamte Verwaltung, welche auch den verbindlichen Abschluss von Rechtsgeschäften beinhaltet, auf einzelne Miterben übertragen und damit den Widerspruch der Minderheit praktisch ausschalten.²⁷¹ „Es ist [...] nicht einzusehen, warum der eigenen Tätigkeit der Erbengemeinschaft das versagt sein soll, was sie auf dem Umwege über die Bestellung eines Vertreters jederzeit erreichen kann.“²⁷² Was also „[...] für die Verwaltung insgesamt gesagt ist, muß folgerichtig auch für einzelne Verwaltungsmaßnahmen gelten.“²⁷³

Jülicher bezweifelt dennoch, dass ein hinreichender Schutz der Minderheit sichergestellt ist. Die Möglichkeit, den Mehrheitsbeschluss im Nachhinein gerichtlich überprüfen zu lassen, bietet seiner Ansicht nach keinen umfassenden Schutz der Interessen der Minderheit.²⁷⁴ Da nämlich eine Zweckmäßigkeitsprüfung durch das Gericht nicht stattfindet²⁷⁵ und eine Nichtanhörung der Minderheit den

²⁶⁸ Jülicher, AcP 175, 143 (152).

²⁶⁹ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 51; Boehmer, AcP 144, 62 (73, 74); siehe auch oben F. III. 1. c.

²⁷⁰ Boehmer, AcP 144, 62 (73, 74).

²⁷¹ BGH DRiZ 66, 396; BGH NJW 1971, 1265 (1266); Palandt/*Weidlich*, BGB, 72. Aufl., § 2038, Rn. 2; Soergel/*Wolf*, 13. Aufl., § 2038, Rn. 8; Erman/*Bartholomeyczik*, BGB, 5. Aufl., § 2038, Rn. 2; Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 39, 40; BGH NJW 1971, 1265 (1266); Boehmer, AcP 144, 62 (75).

²⁷² Boehmer, AcP 144, 62 (75).

²⁷³ BGH NJW 1971, 1265 (1266); Boehmer, AcP 144, 62 (75).

²⁷⁴ Jülicher, AcP 175, 143 (152).

²⁷⁵ siehe oben E. III. 2.

Mehrheitsbeschluss auch nicht unwirksam macht²⁷⁶, bliebe stets unberücksichtigt, ob eine Maßnahme auch die Interessen aller Miterben auf bestmögliche Weise wahrt.²⁷⁷ Zwar bliebe es der Minderheit unbenommen, jederzeit die Aufhebung der Erbengemeinschaft zu betreiben (§ 2042 Abs. 1 BGB), und soweit die Aufhebung ausgeschlossen ist (gemäß § 2044 BGB durch den Erblasser oder durch Vereinbarung zwischen den Erben), kann das Übergehen der Minderheit einen wichtigen Grund zur Aufhebung darstellen (§ 749 Abs. 2, 3 BGB).²⁷⁸ Dies käme als Abhilfe aber regelmäßig zu spät, da die Verbindlichkeit meist schon entstanden sein wird.²⁷⁹ Die Minderheit bliebe auf Schadensersatzansprüche beschränkt, soweit deren Voraussetzungen gegeben sind.²⁸⁰

Vor dem oben dargestellten Hintergrund ist es aber eher tragbar, die überstimmte Minderheit auf Schadensersatzansprüche zu beschränken, insbesondere wenn es sich nur um die Beeinträchtigung von Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten handelt, als umgekehrt die Mehrheit auf Schadensersatzansprüche zu verweisen für den Fall, dass die Minderheit zu Unrecht ihre gesetzlich festgelegte Mitwirkung an einer rechtmäßigen und für den Nachlass wirtschaftlich sinnvollen Maßnahme verweigert.²⁸¹

e. Gesetzliche Vertretungsmacht aus §§ 2038, 745 BGB

Spricht man dem Mehrheitsbeschluss Außenwirkung zu, ist fraglich, wie genau sich die Befugnis der Mehrheit zum Handeln im Außenverhältnis konstruieren lässt. Die herrschende Meinung ist diesbezüglich nicht einheitlich.

Mit Blick auf die Regelung in § 2206 BGB könnte man zunächst ebenfalls an eine Verpflichtungsermächtigung denken, also „[...] die Möglichkeit durch Handeln im eigenen Namen Verbindlichkeiten – auch – für einen anderen zu begründen [...]“.²⁸² Dieser Gedanke sollte aber sogleich wieder verworfen werden, denn die Figur der Ermächtigung ist „[...] wenigstens im Bereich der Verpflichtungen ein Fremdkörper,

²⁷⁶ siehe oben E. III. 2.

²⁷⁷ Jülicher, AcP 175, 143 (152, 153).

²⁷⁸ Jülicher, AcP 175, 143 (153); Staudinger/Langhein, BGB (2008), § 745, Rn. 20; Staudinger/Werner, BGB (2010), § 2042, Rn. 46, § 2044, Rn. 11; BGB-RGRK/v. Gamm, 12. Aufl., § 745, Rn. 9; Erman/Aderhold, BGB, 13. Aufl., § 745, Rn. 2.

²⁷⁹ Jülicher, AcP 175, 143 (153).

²⁸⁰ BGH NJW 1971, 1265 (1268); Jülicher, AcP 175, 143 (153).

²⁸¹ BGH NJW 1971, 1265 (1266).

²⁸² Muscheler, ZEV 1997, 222 (229).

den zu wollen man dem Gesetz nicht unterstellen darf.²⁸³ Eine verdeckte Verpflichtungsermächtigung ist mit dem Offenkundigkeitsprinzip des Stellvertretungsrechts und dem Selbstbestimmungsrechts des Geschäftspartners nicht vereinbar.²⁸⁴ Für eine offene Verpflichtungsermächtigung besteht dagegen neben §§ 164 ff. BGB kein Bedürfnis.²⁸⁵ Soweit also eine Verpflichtungsermächtigung nicht wie in § 2206 BGB ausdrücklich vom Gesetz vorgesehen ist, sollte nicht auf diese Konstruktion zurückgegriffen werden.

Manche nehmen hier eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht (Vollmacht, § 167 BGB) der Mehrheit an. Der Mehrheitsbeschluss enthielte demnach zugleich auch den Auftrag und die notwendige Vollmacht für die Mehrheit zur Umsetzung des Mehrheitsbeschlusses im Außenverhältnis.²⁸⁶ Dies erscheint jedoch stark gekünstelt und, auch wenn man richtigerweise davon ausgeht, dass der Mehrheitsbeschluss einen „rechtsgeschäftlichen Willen der gesamten Hand“²⁸⁷ schafft, so steht jedenfalls entgegen, dass auf beiden Seiten des Bevollmächtigungsgeschäfts die Mehrheit in Erscheinung träte, was mit § 181 BGB nicht zu vereinbaren ist.²⁸⁸

Bei der Befugnis der Mehrheit zum Handeln im Außenverhältnis handelt es sich vielmehr um eine von §§ 2038, 745 BGB stillschweigend erteilte gesetzliche Vollmacht.²⁸⁹ Zur Ausführung des Mehrheitsbeschlusses ist nämlich „[...] mangels eines besonderen dazu bestimmten Organs (Vorstands, Geschäftsführers) dieselbe Personengesamtheit befugt, die bei der Willensbildung die Erbengemeinschaft repräsentiert, d.h. die Erbenmehrheit.“²⁹⁰

²⁸³ Muscheler, ZEV 1997, 222 (229); Palandt/Ellenberger, BGB, 72. Aufl., § 185, Rn. 3; Staudinger/Gursky, BGB (2009), § 185, Rn. 108 ff.

²⁸⁴ Staudinger/Gursky, BGB (2009), § 185, Rn. 108.

²⁸⁵ Staudinger/Gursky, BGB (2009), § 185, Rn. 110.

²⁸⁶ OLG Hamm BB 1969, 514; Staudinger/Werner, BGB (2010), § 2038, Rn. 40.

²⁸⁷ OLG Hamm, BB 1969, 514.

²⁸⁸ Muscheler, ZEV 1997, 222 (229).

²⁸⁹ Muscheler, ZEV 1997, 222 (229); OLG Kiel SeuffArch 61, Nr. 131; Soergel/Wolf, 13. Aufl., § 2038, Rn. 11; Damrau, ZEV 2006, 190 (190, 192); BGH, LM BGB § 2038 Nr. 1; Staudinger/Langhein, BGB (2008), § 745, Rn. 36.

²⁹⁰ Boehmer, AcP 144, 62 (74).

aa. Wirksamer Mehrheitsbeschluss als Grundlage für die Vertretungsbefugnis

Stützt sich die gesetzliche Vertretungsmacht der Mehrheit auf §§ 2038, 745 BGB, so kann eine entsprechende Befugnis der Mehrheit nur bestehen, soweit ein wirksamer Mehrheitsbeschluss auch tatsächlich vorliegt.²⁹¹

Dementsprechend kann ein Vertrauensschutz des Geschäftspartners bei Unwirksamkeit des Mehrheitsbeschlusses nicht gegeben werden.²⁹² Teilweise wird aber dafürgehalten, die von der herrschenden Meinung für § 2206 BGB entwickelten Gutglaubensregeln entsprechend anzuwenden.²⁹³ „Bei §§ 2206 BGB kommt eine Nachlaßverbindlichkeit auch dann zustande, wenn zwar das Rechtsgeschäft objektiv die Grenzen ordnungsmäßiger Verwaltung überschreitet, aber der Vertragspartner beim Vertragsabschluß angenommen hat und ohne Fahrlässigkeit annehmen konnte, daß die Eingehung der Verbindlichkeit ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses darstelle.“²⁹⁴ Für eine Anwendung dieses Gedankens auf eine Vertretung der Erbengemeinschaft spricht, dass auch hier potenzielle Vertragspartner sonst evtl. abgeschreckt würden, wäre das Rechtsgeschäft bei jeder noch so kleinen Abweichung von den Prinzipien der Ordnungsmäßigkeit aufgrund von für ihn uneinsehbaren Interna der Erbengemeinschaft unwirksam, was ein Kontrahieren für die Erbengemeinschaft mit Dritten regelmäßig erschweren würde.²⁹⁵

Im Ergebnis ist eine Anwendung dieses Grundsatzes jedoch abzulehnen. Der für die Nachlassverwaltung geltende Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit würde völlig ausgehöhlt, soweit die Mehrheit auch außerhalb der Grenzen ordnungsmäßiger Verwaltung zur Vertretung berechtigt würde.²⁹⁶ Obwohl die Erbengemeinschaft im Interesse einer sinnvollen Nachlassverwaltung sehr wohl auch – und nicht gerade selten – Rechtsgeschäfte mit Dritten eingehen muss, und auch die Notwendigkeit besteht, das Eingehen solcher Rechtsgeschäfte bis zu einem gewissen Grad zu erleichtern, würde es zu weit gehen, die Erbengemeinschaft mit einer derart weitreichenden, einer Kapitalgesellschaft (vgl. § 35 GmbHG) gleichkommenden, Verkehrsfähigkeit auszustatten. Dies ist auch nicht erforderlich, da der Geschäftspartner bereits ausreichend über § 179 BGB geschützt ist. Liegt ein gültiger

²⁹¹ BGH NJW 1971, 1265 (1266); OLG Hamm, BB 1969, 514.

²⁹² MüKo BGB/Schmidt, Band 5, 5. Aufl., §§ 744, 745, Rn. 31.

²⁹³ Muscheler, ZEV 1997, 222 (224).

²⁹⁴ Muscheler, ZEV 1997, 222 (224).

²⁹⁵ Muscheler, ZEV 1997, 222 (224).

²⁹⁶ Jülicher, AcP, 143 (154, 155).

Mehrheitsbeschluss nicht vor, so handelt die Mehrheit als Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 179 BGB).²⁹⁷ Verbleibende Unsicherheiten des Vertragspartners über die Berechtigung der Handelnden sind nicht unüblich, sondern vielmehr ein hinzunehmendes Risiko, welches aus der allgemeinen Anerkennung der Verwendung von Vertretern im Rechtsverkehr resultiert.

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass ein wirksamer Mehrheitsbeschluss als Grundlage für die Ermächtigung der Mehrheit erforderlich ist. Liegt ein wirksamer Mehrheitsbeschluss nicht vor, so handelt die Mehrheit als *falsus procurator* und haftet Dritten nach § 179 BGB.

bb. Anforderungen an den Mehrheitsbeschluss

Hinsichtlich der Anforderungen an die Wirksamkeit des Mehrheitsbeschlusses wird nach oben auf die Ausführungen zum Innenverhältnis verwiesen.²⁹⁸ Ergänzend sei dazu zu bemerken, dass die Belange der Nachlassgläubiger für eine Wirksamkeit des Mehrheitsbeschlusses, auch bei Bejahung einer Außenwirkung des Mehrheitsbeschlusses, nicht an Relevanz gewinnen, da die Regelungen über die Mehrheitsverwaltung in § 745 BGB nicht primär auf den Schutz der Nachlassgläubiger abzielen.²⁹⁹

cc. Erforderlichkeit

Gemäß § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 1 BGB ist jeder Miterbe nur verpflichtet, zu Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung „erforderlich“ sind. Da die Rechtfertigung eines Außenhandelns der Mehrheit ganz wesentlich auch auf einer Mitwirkungspflicht der Minderheit basiert, muss die Maßnahme über die Ordnungsmäßigkeit hinaus zu einer ordnungsmäßigen Verwaltung auch erforderlich sein.³⁰⁰

Nach Rspr. und Lit. ist eine Maßnahme erforderlich i.d.S., wenn sie aus Sicht einer verständigen Person in der gegebenen Situation erfolgen muss, um eine ordnungsmäßige Verwaltung zu gewährleisten.³⁰¹

²⁹⁷ BGH NJW 1971, 1265 (1266).

²⁹⁸ siehe oben E. III. 2.

²⁹⁹ siehe oben F. III. 1. d. dd. (i).

³⁰⁰ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 31; Staudinger/Werner, BGB (2010), § 2038, Rn. 14; MüKo BGB/Gergen, Band 9, 5. Aufl., § 2038, Rn. 40; a.A. Muscheler, ZEV 1997, 222 (223).

³⁰¹ KG OLGE 30, 184; Staudinger/Werner, BGB (2010), § 2038, Rn. 14; MüKo BGB/Gergen, Band 9, 5. Aufl., § 2038, Rn. 40.

dd. Anforderungen an die Vertretung

Da die gesetzliche Vertretungsmacht der Mehrheit eingeräumt wird, muss diese entweder geschlossen im Außenverhältnis auftreten oder ihrerseits einen von ihnen bevollmächtigen (§ 167 BGB). Ohne eine solche Bevollmächtigung reicht es nicht aus, wenn nur ein Miterbe im Außenverhältnis auftritt, denn der Mehrheitsbeschluss ermächtigt nicht den einzelnen Miterben.

Die Frage, inwiefern die Mehrheitserben dabei das Offenkundigkeitsprinzip wahren müssen, ist abhängig von der zu begründenden Verbindlichkeit.

(i) Entstehende Verbindlichkeiten

Bei den Verbindlichkeiten, die im Rahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses entstehen, handelt es sich in der Regel um sogenannte „Nachlasserschulden“ (im Anschluss an *Boehmer*).³⁰² Ihnen kommt eine „Doppelstellung als Nachlassverbindlichkeit und Eigenschuld“ der handelnden Miterben zu.³⁰³ Dem Gläubiger stehen dabei zwei Haftungsmassen zur Verfügung, der Nachlass und das Eigenvermögen des Erben.

Die Eigenschuld, für die der im Außenverhältnis auftretende Erbe grundsätzlich unbeschränkt persönlich haftet, entsteht in der Regel, wenn der Erbe „durch rechtsgeschäftliches Handeln eine Verbindlichkeit begründet“³⁰⁴, ohne den Bezug zum Nachlass dem Geschäftsgegner erkennbar zu machen.

Wie oben bereits dargestellt, sind vom Erben begründete Schulden nur dann auch Nachlassverbindlichkeiten, wenn die Verbindlichkeiten vom Standpunkt eines sorgfältigen Verwalters in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses eingegangen worden sind.³⁰⁵ Eine solche, auch im Separationsverfahren durchsetzbare Nachlassverbindlichkeit wird nur begründet, soweit die bereits genannten Voraussetzungen gegeben sind.³⁰⁶

Zwingend ist aber die Entstehung von Nachlassverbindlichkeiten, und damit von Nachlasserschulden, bei der Mehrheitsverwaltung des Nachlasses nicht. Die Mehrheitserben können auch andere Verbindlichkeiten begründen, für welche die Erben dann gesamtschuldnerisch, auch mit dem Nachlass und ihrem Anteil daran

³⁰² MüKo BGB/Küpper, Band 9, 5. Aufl., § 1967, Rn. 15, 16.

³⁰³ MüKo BGB/Küpper, Band 9, 5. Aufl., § 1967, Rn. 15; NK-BGB/Krug, Band 5, 3. Aufl., § 1967, Rn. 56.

³⁰⁴ NK-BGB/Krug, Band 5, 3. Aufl., § 1967, Rn. 56.

³⁰⁵ siehe oben F. III. 1. a.

³⁰⁶ siehe oben F. III. 1. a.

haften.³⁰⁷ Denn „[...] vor Eröffnung des Separationsverfahrens können auch Nicht-Nachlaßverbindlichkeiten in den Nachlaß vollstreckt werden, solange sich nur ein Titel gegen alle Erben erstreiten lässt [...]“³⁰⁸ (§ 747 ZPO, § 325 InsO).³⁰⁹ Soweit die genannten Voraussetzungen einer Nachlassverbindlichkeit daher nicht gegeben sind, werden die Miterben dennoch gemeinschaftlich verpflichtet, soweit die handelnden Miterben mit entsprechender Rechtsmacht gehandelt haben (§ 747 ZPO).

Zu unterscheiden sind demnach auf der einen Seite Nachlassverbindlichkeiten und sonstige Verbindlichkeiten, die alle Miterben treffen, und auf der anderen Seite die Eigenschuld der handelnden Miterben.

(ii) Offenkundigkeitsprinzip

Grundsätzlich muss die Mehrheit, um die Erbengemeinschaft in ihrer Gesamtheit zu verpflichten, bei der Vornahme von Rechtsgeschäften im Außenverhältnis nicht nur im eigenen Namen, sondern zugleich auch im Namen der überstimmten Minderheits-erben auftreten (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB).³¹⁰

Eine Ausnahme hiervon gilt allerdings für die Begründung von Nachlassverbindlichkeiten. Nach ständiger Rechtsprechung ist es nicht notwendig, dass die Verbindlichkeit ausdrücklich für den Nachlass übernommen oder die Beziehung zum Nachlass dem Geschäftspartner erkennbar gemacht wird.³¹¹ Es handelt sich dabei um eine weitere Ausnahme zum Offenkundigkeitsprinzip im Vertretungsrecht.³¹² Die Rechtsprechung will damit wohl vermeiden, dass der Direktanspruch, den sie dem Gläubiger einer Nachlassverbindlichkeit entsprechend § 1978 BGB einräumt, lediglich an der mangelnden Offenkundigkeit in der Vertretung des/der handelnden Miterben scheitert.³¹³ Andernfalls müsste der Nachlassgläubiger doch den Befreiungsanspruch des handelnden Miterben nach §§ 1978 Abs. 3, 683, 670, 257 BGB) pfänden und sich überweisen lassen, obwohl sonst alle Voraussetzungen gegeben sind.³¹⁴

³⁰⁷ Muscheler, ZEV 1997, 222 (229) (mit Fn. 56).

³⁰⁸ Muscheler, ZEV 1997, 222 (229) (mit Fn. 56).

³⁰⁹ Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 33. Aufl., § 747, Rn. 3.

³¹⁰ Muscheler, ZEV 1997, 222 (229).

³¹¹ RGZ 90, 91 (95); RGZ 146, 343 (345); MüKo BGB/Gergen, Band 9, 5. Aufl., § 2038, Rn. 27; MüKo BGB/Küpper, Band 9, 5. Aufl., § 1967, Rn. 16; Staudinger/Werner, BGB (2010), § 1967, Rn. 42; BGHZ 11, 74; RGZ 90, 91 (95); NK-BGB/Krug, Band 5, 3. Aufl., § 1967, Rn. 57.

³¹² Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 43 III 3a.

³¹³ Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 43 III 3a, Fn. 108.

³¹⁴ Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 43 III 3a, Fn. 108.

„Ob der Miterbe, der nach außen handelt, persönlich haftet, ist grundsätzlich eine Frage seines Auftretens.“³¹⁵ Machen die Handelnden den Bezug zum Nachlass nicht deutlich, so entsteht auch im Fall der Begründung von Nachlassverbindlichkeiten daneben auch eine Eigenverbindlichkeit der Handelnden (§ 164 Abs. 2 BGB).³¹⁶ Machen sie allerdings den Bezug zum Nachlass kenntlich, was auch konkludent möglich ist, so werden die Handelnden nur mit dem Gesamthandsvermögen verpflichtet, einer ausdrücklichen Haftungsausschlussvereinbarung mit dem Geschäftspartner bedarf es dagegen nicht (§ 164 Abs. 1 S. 2 BGB).³¹⁷

f. Ergebnis

Die Handlungsfähigkeit der Erbengemeinschaft verdient den Vorzug gegenüber einem überzogenen Schutz der Miterbenminderheit. Die Minderheit ist bei einer Außenwirkung des Mehrheitsbeschlusses ausreichend geschützt über § 179 BGB, Schadensersatzansprüche und den Anspruch auf Auflösung der Erbengemeinschaft (§ 2042 BGB und ggf. über § 749 Abs. BGB), sodass die Interessen der Mehrheit an einer effizienten Nachlassverwaltung und der Schutz der Minderheit in einem ausgewogenen Verhältnis stehen. Die Gegenansicht läuft dagegen Gefahr, die Minderheit „zu Tode zu schützen“.³¹⁸ Denn durch den von ihr geforderten weitreichenden Minderheitenschutz, und die daraus resultierende Blockierung der Nachlassverwaltung, wird dem Nachlass, und damit letztlich auch der Minderheit, mehr geschadet als genutzt.

Müsste eine Mehrheit die Umsetzung der von ihr gefassten Beschlüsse regelmäßig vor Gericht erstreiten, wäre eine Abweichung vom Gemeinschaftsprinzip zudem obsolet. Mehrheitsbeschlüsse würden zu lediglich „verbindlichen Meinungsumfragen“ degradiert.³¹⁹

Die Zulässigkeit von Mehrheitshandeln im Rahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung bewirkt zudem eine Entlastung der Gerichte – Zustimmungsersetzungsklagen gegen querulatorische Minderheiten wären öfter zu erwarten als Widerspruchsklagen von Minderheiten mit einem echten Interesse. Folgeverfahren über Ersatz von Schäden,

³¹⁵ Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 43 III 3a, mit Fn. 108.

³¹⁶ Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 43 III 3a.

³¹⁷ MüKo BGB/Gergen, Band 9, 5. Aufl., § 2038, Rn. 27; Staudinger/Werner, BGB (2010), § 2038, Rn. 9; RGZ 146, 343 (346); Jülicher, AcP 175, 144, Fn. 6.

³¹⁸ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 53.

³¹⁹ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 52; Wiedemann, GmbHRdsch 1969, 247 (248).

die durch eine Zeitverzögerung in der Umsetzung von Maßnahmen eintreten, würden reduziert.³²⁰

Die Gegenansicht verkehrt zudem die gerichtliche Kontrollfunktion hier in ihr Gegenteil.³²¹ Der Richter soll „[...] vorweg eine Art Unbedenklichkeitserklärung des Mehrheitshandelns ausstellen [...]“, was einer vorbeugenden gerichtlichen Kontrolle als Wirksamkeitsvoraussetzung des Mehrheitshandelns gleichkäme.³²² Ein derart schweres Geschütz ist jedoch nicht gerechtfertigt, denn die Minderheit wird „[...] weder so typisch noch so nachhaltig geschädigt, daß man ihr exzeptionellen Schutz einräumen müßte.“³²³ Angesichts der Möglichkeit des einzelnen Miterben, die Erbengemeinschaft jederzeit aus wichtigem Grund aufzulösen, kann kaum je behauptet werden, der einzelne Miterbe sei unzumutbaren Verwaltungsmaßnahmen ausgesetzt.³²⁴

Der Gegenansicht ist zusammenfassend mit der folgenden sehr treffenden Aussage *Boehmers* entgegenzuhalten, dass sie „[...] für die Erbengemeinschaft ein einzig dastehendes Rechtsmonstrum schafft [...]. Es dürfte in der Tat im ganzen deutschen Recht sonst keine Personengemeinschaft geben, bei der innere Willensbildung und äußere Willensausführung in so grotesker Weise auseinanderklaffen, daß die Ausführung eines ordnungsgemäß gefaßten und für alle Gemeinschaftler bindenden Beschlusses an dem Widerspruch eines einzigen Rechtsgenossen [...] scheitern kann! Überall ist es sonst rechtens, daß ein rechtlich zustande gekommener Gesamtwille respektiert werden muß und seine Verwirklichung garantiert ist. Für die Erbengemeinschaft [...] das Gegenteil herauszulesen, ist eine konstruktive Künstelei, die den Unterschied zwischen Innen- und Außenverhältnis [...] überspannt, ohne sich um die praktischen Folgen zu kümmern, die die Anwendung solcher, anderswo vielleicht berechtigter, Unterschiede auf dem betreffenden Lebensgebiete mit sich bringt. Wenn das Gesetz aus wohlerwogenen und einleuchtenden Gründen der Erbenmehrheit das Recht zuspricht, nach Anhörung und Willensäußerung aller Miterben über die Verwaltung der Erbschaft bindend zu beschließen, so muss es ihr auch die Macht geben, ihre Willensentscheidungen ohne Mitwirkung, ja gegen den

³²⁰ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 54; Soergel/Wolf, 13. Aufl., § 2038, Rn. 11.

³²¹ Wiedemann, GmbHRdsch 1969, 247 (248).

³²² Wiedemann, GmbHRdsch 1969, 247 (248).

³²³ Wiedemann, GmbHRdsch 1969, 247 (248); Dreier/Schulze-Fielitz, GG, Band I, 2. Aufl., Art. 19 IV, Rn. 107, 108.

³²⁴ Wiedemann, GmbHRdsch 1969, 247 (248); Dreier/Schulze-Fielitz, GG, Band I, 2. Aufl., Art. 19 IV, Rn. 107, 108.

Widerspruch der überstimmten Minderheit, deren Wille ja unbeachtlich ist, zur Durchführung zu bringen [...].³²⁵

2. Verfügungsgeschäfte

Auf den ersten Blick möchte man meinen, dass für die Verfügungsebene nichts Abweichendes gelten könne. Möchte man der internen Mehrheitsentscheidung konsequent die erforderliche Außenwirkung verleihen, um sie nicht zur verbindlichen Meinungsumfrage zu degradieren, müsste das Mehrheitsprinzip auf das gesamte Außenhandeln der Erbengemeinschaft im Rahmen der ordnungsmäßigen Nachlassverwaltung Anwendung finden. Die auf Verpflichtungsebene angeführten Argumente sind gleichfalls valide für die Verfügungsebene und man gelangt andernfalls zu dem merkwürdig anmutenden Ergebnis, dass Maßnahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung (wie etwa der Austausch des defekten Motors eines Traktors eines in den Nachlass fallenden landwirtschaftlichen Betriebes) zwar per Mehrheitsbeschluss im Innenverhältnis entschieden und der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts (schuldrechtlicher Vertrag mit dem Verkäufer des Motors) durch die Mehrheit der Miterben vorgenommen werden können, es zur endgültigen Realisierung der Maßnahme (Verfügung über den Altmotor (Entsorgung), die Annahme des neuen Motors (§§ 433 Abs. 1, 362 Abs. 1 BGB) und die für den Erwerb erforderlichen Geldmittel) aber dann doch der Mitwirkung der Gesamtheit der Miterben bedürfte.³²⁶ Der Mehrheitsbeschluss würde damit schließlich doch noch auf der Verfügungsebene scheitern.

a. Herrschende Meinung – Festhalten am Gemeinschaftsprinzip auf Verfügungsebene

Dennoch vertritt die herrschende Meinung auf der Verfügungsebene das Gemeinschaftsprinzip und verlangt für Verfügungen stets gemeinschaftliches Handeln der Miterben. Als einzige Ausnahme lässt sie ein Notverfügungsrecht des einzelnen Miterben aus § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 2 BGB gelten.

Das Argument, die Handlungsfähigkeit der Erbengemeinschaft sei bereits ausreichend durch das Notverwaltungsrecht in § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 2 BGB gesichert, da die Mehrheit damit drohende Verluste jederzeit abwenden könne, kann nicht überzeugen. Denn auch unterhalb der Schwelle der Notverwaltung können

³²⁵ Boehmer, AcP 144, 62 (72).

³²⁶ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 56.

erhebliche Verluste im Nachlasswert eintreten. Es kann nicht richtig sein, dass man es zulässt, dass der Nachlass durch pure Obstruktion in den Bereich der Notverwaltung getrieben wird, bevor einer längst handlungswilligen Mehrheit endlich zugestanden wird, einzugreifen und damit mehr zu tun, als faktisch nicht realisierbare Beschlüsse zu fassen und hilflos dabei zuzusehen, wie der Nachlass Schaden nimmt.³²⁷

Als letzte Möglichkeit bliebe ansonsten nur noch die Auseinandersetzung. Diese kann aber, wie oben erwähnt³²⁸, vom Erblasser auf Dauer ausgeschlossen worden sein oder zeitlich untunlich sein, sodass Wertverluste drohen und folglich niemandem geholfen ist.

Es ist zudem inkonsequent, für die Verpflichtungsebene auf Grundlage eines interessenorientierten Ansatzes das Mehrheitsprinzip gelten zu lassen, um auf Verfügungsebene wiederum „kehrzumachen“ und das Gemeinschaftsprinzip anzuwenden.³²⁹ „Zumindest müsste ein überzeugender Grund erkennbar sein, warum nun dieselben Interessen gefährdet sein sollen, die vordem noch als ausreichend schutzwürdig angesehen worden waren, um Abweichungen vom strengen Gemeinschaftlichkeitsprinzip zu rechtfertigen.“³³⁰

Ein solcher Grund kann nicht in einem Schutz der überstimmten Minderheit durch Kontrollrechte über die Mehrheit gesehen werden, denn bereits auf Verpflichtungsebene wurde festgestellt, dass die Minderheit bei einem Außenhandeln der Mehrheit ausreichend geschützt ist. Auf Verfügungsebene ergeben sich insofern keine zusätzlichen Gefahren. Die herrschende Meinung verweist insofern jedoch auf die Besonderheit der Regelung in § 2040 BGB auf Verfügungsebene, wonach Verfügungen von den Miterben nur gemeinschaftlich vorgenommen werden können und argumentiert, dass der Zweck des Erhalts des Nachlasses durch einen strikten Bestand sicherzustellen sei, indem man die Vornahme von Verfügungen erschwert. Der Ansatz der herrschenden Meinung, Verpflichtungsgeschäfte einerseits ohne jegliche Einschränkung per Mehrheitshandeln zuzulassen, Verfügungsgeschäfte hingegen gemeinschaftlichem Handeln zu unterstellen, erweist sich jedoch nicht nur als inkonsequent, sondern auch als schädlich, denn auf diese Weise „[...] kommen Verträge über subjektiv anfänglich unmögliche Leistungen aus dem Nachlass

³²⁷ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 53, 58, 79; Ann MittBayNot 2006, 245 (247).

³²⁸ siehe oben D. I.

³²⁹ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 58.

³³⁰ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 58.

zustande.³³¹ Dies kann zwar behoben werden, indem der Vertragspartner im Wege der Zwangsvollstreckung aus einem obsiegenden Urteil gegen die Erbengemeinschaft gerichtet auf Erfüllung aus dem Verpflichtungsgeschäft die Vornahme der erforderlichen Verfügungen erzwingt.³³² Der Vertragspartner wird aber in aller Regel davor zurückschrecken, den Ausgang eines langwierigen Gerichtsverfahrens abzuwarten und stattdessen vielmehr vom Vertrag gemäß § 326 Abs. 5 BGB zurücktreten und ggf. Schadensersatzansprüche gegen die Erbengemeinschaft geltend machen, was letztlich zu einer Belastung des Nachlasses führen kann, welche unter Umständen sogar weiter gehen kann als die ursprünglich von der Mehrheit vorgesehene vertragliche Verpflichtung.³³³

b. Vorschläge zu einer Flexibilisierung *de lege lata*

Es ist nachvollziehbar, dass das Ergebnis der herrschenden Meinung von manchen als unbefriedigend empfunden wird. Demgemäß wurden bislang verschiedene Versuche unternommen, um eine Ausweitung des Mehrheitsprinzips auf Verfügungsebene zu erreichen.

aa. Restriktive Anwendung des § 2040 BGB

(i) Unmittelbarkeitserfordernis

In seinem Beschluss vom 30.1.1951³³⁴ wollte der BGH nur solche Verfügungen der Regelung des § 2040 BGB unterstellen, die eine unmittelbare Beziehung zwischen potenzieller Einwirkungshandlung und Einwirkungserfolg aufweisen.³³⁵

Zur Entscheidung stand in dem Fall, ob die durch Miterben ausgesprochene Kündigung eines mit dem Erblasser abgeschlossenen Pachtvertrages als Verfügung zu qualifizieren sei und folglich alle Miterben bei der Kündigung mitwirken müssten. Der BGH entschied, dass es sich bei der Kündigung des Pachtvertrages um eine Verwaltungsmaßnahme und nicht um eine Verfügung handelte und ließ daher Mehrheitshandeln genügen. In seiner Begründung führte der BGH an, mit der Kündigung sei nicht über den Hof als Teil des Nachlasses verfügt worden, sondern

³³¹ Wiedemann, GmbHRdsch 1969, 247 (248); Boehmer, AcP 144, 62 (69).

³³² Boehmer, AcP 144, 62 (69); Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 58; NK-BGB/Ann, Band 5, 3. Aufl., § 2040, Rn. 13; Palandt/Weidlich, BGB, 72. Aufl., § 2038, Rn. 5.

³³³ Boehmer, AcP 144, 62 (69); Wiedemann, GmbHRdsch 1969, 247 (248).

³³⁴ BGH LM § 2038 BGB Nr. 1.

³³⁵ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 63, 64.

lediglich ein bezüglich dieses Nachlassgegenstands bestehendes Vertragsverhältnis beendet worden.³³⁶

Der BGH wollte demnach unterscheiden zwischen dem Nachlassgegenstand an sich einerseits und den am Nachlassgegenstand begründeten Rechten andererseits.³³⁷ Da § 2040 BGB von Verfügungen „über“ einen Nachlassgegenstand spricht, sollten nur unmittelbar auf den Nachlassgegenstand wirkende Verfügungen vom Anwendungsbereich des § 2040 BGB erfasst werden.³³⁸ Eine solche Unterscheidung kann angesichts des allgemein anerkannten Verfügungsbegriffs, wie er im BGB für die §§ 135, 161, 185, 816 Abs. 1, 2033 Abs. 1 S. 1 BGB und auch für § 2040 BGB gilt³³⁹, als Abgrenzungskriterium für §§ 2038, 2040 BGB jedoch nicht überzeugen.

Nach allgemeiner Meinung handelt es sich bei Verfügungen nämlich um „[...] Rechtsgeschäfte, durch welche auf ein bestehendes Recht eingewirkt wird, dieses nämlich übertragen oder belastet oder inhaltlich verändert oder aufgehoben wird.“³⁴⁰ Insbesondere „[...] für Verfügungsgegenstände, die unabhängig von ihrer rechtlichen Zuordnung existieren, etwa für Sachen nach § 90 BGB [...]“, ist damit eine Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Verfügung schwer durchführbar.³⁴¹ Verfügungsobjekt ist nicht die Sache an sich als wirtschaftliche Einheit, sondern vielmehr die an dieser bestehenden Rechte einer Person (Eigentum, Besitz, Pfandrecht, etc.).³⁴²

Dass die Kündigung eines im Hinblick auf ein Nachlassgrundstück bestehenden Pachtvertrages keine Verfügung über das Grundstück selbst ist, wird wohl auch niemand ernstlich in Zweifel ziehen wollen. Eine entsprechende Feststellung des BGH war daher nicht vonnöten. Indes kam es entscheidend auch nicht auf eine Einwirkung auf den „verpachteten Hof“ als Nachlassgegenstand an, sondern auf den Anspruch auf Pachtzinszahlung, der als Recht ebenfalls in den Nachlass fällt.³⁴³ Zu den Rechten, die Gegenstand einer Verfügung sein können, zählen nämlich nicht nur

³³⁶ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 63; Bartholomeyczik, FS Reinhardt, 13 (22).

³³⁷ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 63.

³³⁸ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 63, 64.

³³⁹ Bartholomeyczik, FS Reinhardt, 13 (17, 32); BGH ZEV 2006, 358; Erman/*Schlüter*, BGB, 13. Aufl., § 2040 Rn. 1; MüKo-BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., § 2040 Rn. 4; Staudinger/*Werner*, BGB (2010), § 2040 Rn. 5; Palandt/*Weidlich*, BGB, 72. Aufl., § 2040 Rn. 1.

³⁴⁰ BGHZ 1, 304; Staudinger/*Gursky*, BGB (2009), § 185, Rn. 4; Palandt/*Ellenberger*, BGB, 72. Aufl., v. § 104, Rn. 16; MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., § 2040, Rn. 4.

³⁴¹ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 64.

³⁴² Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 64.

³⁴³ Bartholomeyczik, FS Reinhardt, 13 (23).

dingliche, sondern ebenso auch obligatorische Rechte.³⁴⁴ Durch die Kündigung eines Miet- oder Pachtvertrages wird über die Rechte aus diesem Vertrag verfügt – durch die Kündigung des Vertrages verlieren die Miterben nämlich den Anspruch auf den Pachtzins.³⁴⁵

Eine Abgrenzung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Verfügung wäre somit lediglich im Hinblick auf mittels Parteivereinbarung begründete Rechte denkbar – eine Verfügung betreffend originär begründete Rechte (etwa nach § 950 BGB begründetes Eigentum) wäre hingegen stets nur als unmittelbare Verfügung vorstellbar. Es ist allerdings sehr fraglich, nach welchen Kriterien zu bestimmen wäre, welche Verfügungen als unmittelbar zu qualifizieren und damit § 2040 BGB zu unterstellen wären und welche als mittelbar und demnach § 2038 BGB zuzuordnen wären. Etwa qualitativ anhand der Intensität der Einwirkung auf den jeweiligen Nachlassgegenstand? Oder anhand der Bedeutung der jeweiligen Verfügung³⁴⁶? Wo genau wäre hier die Grenze zu ziehen?

Das Begriffspaar unmittelbar/mittelbar liefert kein zufriedenstellendes Abgrenzungskriterium, welches eine Ungleichbehandlung verschiedener Verfügungen plausibel erklären und hinreichend Rechtssicherheit in der Anwendung bieten kann. Es ist daher abzulehnen.

In der Folge hat der Landwirtschaftssenat seine Rechtsprechung von 1951 mit Urteil vom 28. April 2006 – LwZR 10/05³⁴⁷ ausdrücklich aufgegeben und die Ausübung von Gestaltungsrechten (wie etwa die Kündigung eines Pachtvertrags) wird seither in Rspr. und Lit. überwiegend als Verfügung angesehen.³⁴⁸

³⁴⁴ MüKo-BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., § 2040 Rn. 4; Ann, MittBayNot 2007, 131 (133, 134).

³⁴⁵ MüKo-BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., § 2040 Rn. 4, 8; BGH ZEV 2010, 36 (Abs. 14).

³⁴⁶ Bartholomeyczik, FS Reinhardt, 13 (31).

³⁴⁷ BGH ZEV 2006, 358.

³⁴⁸ BGH ZEV 2010, 36 (Absatz 14); MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., § 2040, Rn. 5; NK-BGB/*Ann*, Band 5, 3. Aufl., § 2040 Rn. 5; Soergel/*Wolf*, 13. Aufl., § 2040 Rn. 3; Staudinger/*Werner*, BGB (2010), § 2040 Rn. 6.

(ii) Teleologische Reduktion des § 2040 BGB

(a) Verfügungen mit Entwertungsrisiken

Vereinzelt wird am Geltungsvorrang des § 2040 BGB für Verfügungen grundsätzlich zwar festgehalten, jedoch bei gleichzeitig enger Auslegung des Verfügungsbegriffs in § 2040 BGB.³⁴⁹

Dieser Ansicht zufolge würde sonst bei einer unbeschränkten Anwendung des Verfügungsbegriffs in § 2040 BGB die Regelung des § 2038 BGB nahezu gegenstandslos.³⁵⁰ Außerdem habe der Gesetzgeber nicht strikt am Gesamthandsprinzip festgehalten, indem er Ausnahmen vorgesehen hat für die Notverwaltung und die ordnungsmäßige Verwaltung.³⁵¹ Die Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung sei jedoch kein geeignetes Kriterium zur Beurteilung, ob eine Verfügung über einen Nachlassgegenstand gemeinschaftspflichtig sei oder von einer Mehrheit vorgenommen werden könne.³⁵² Maßgeblich soll vielmehr sein, ob der mit dem Gemeinschaftsprinzip verfolgte Zweck gewahrt wird.³⁵³ Dieser bestehe darin, „[...] jeden Miterben (und die Nachlassgläubiger) vor einer Entwertung des Nachlasses zu schützen.“³⁵⁴ Entscheidend sei demnach allein, ob die Interessen der anderen Miterben an der Sicherung des Nachlassbestands beeinträchtigt werden.³⁵⁵ Dem Zweck der Vorschrift widerspreche es demnach, für jede Verfügung gemeinschaftliches Handeln zu verlangen, selbst wenn Verfügungen sich nicht nachteilig auf den Nachlassbestand auswirkten.³⁵⁶

Im Ergebnis soll der Anwendungsbereich des § 2040 Abs. 1 BGB reduziert werden, indem von § 2040 Abs. 1 BGB nur Verfügungen mit besonderen Entwertungsrisiken erfasst werden sollen.³⁵⁷ Demnach könnten „[...] Verfügungen, die keine Beeinträchtigung der durch § 2040 Abs. 1 BGB geschützten Rechte einzelner Miterben befürchten [...]“ lassen, also solche, die einer tatsächlichen oder rechtlichen Erhaltung des Nachlasses dienen, substanzmehrend wirken, der Ziehung von

³⁴⁹ BGH ZEV 2006, 358 (359 - Abs. 20, 22).

³⁵⁰ Johannsen, WM 1970, 573 (576); Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 64; MüKo BGB/Gergen, Band 9, 5. Aufl., § 2040, Rn. 5; BGB-RGRK/Kregel, 12. Aufl., § 2040, Rn. 2.

³⁵¹ BGH ZEV 2006, 358 (359).

³⁵² BGH ZEV 2006, 358 (359).

³⁵³ BGH ZEV 2006, 358 (359); Johannsen, WM 1970, 573 (576).

³⁵⁴ BGH ZEV 2006, 358 (359).

³⁵⁵ BGH ZEV 2006, 358 (359).

³⁵⁶ BGH ZEV 2006, 358 (359).

³⁵⁷ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 57, Fn. 70.

Nutzungen oder der Tilgung von Nachlassverbindlichkeiten dienen, auch ohne die Beteiligung sämtlicher Miterben vorgenommen werden.³⁵⁸

Die herrschende Meinung kritisiert, dass hier eine teleologische Reduktion des § 2040 BGB entsprechend der im Rahmen von § 181 BGB vorgenommenen beabsichtigt würde, der Regelung des § 2040 BGB dabei aber das Merkmal eines Interessengegensatzes eingefügt wird, welches im Gesetz so nicht angelegt sei.³⁵⁹ Während § 181 BGB seinem Sinn und Zweck nach Rechtsgeschäfte verhindern soll, die einen Interessenkonflikt enthalten, und demnach konsequenterweise einzuschränken ist, soweit die Gefahr eines solchen Interessenkonflikts nicht gegeben ist (für den Fall des lediglich rechtlich vorteilhaften Rechtsgeschäfts i.S.v. § 107 BGB³⁶⁰), liege der Regelung des § 2040 BGB ein entsprechender Interessenkonflikt gar nicht zugrunde.³⁶¹ Die Regelung in § 2040 BGB sei vielmehr schlicht Ausdruck des Gesamthandsprinzips, wonach für Dispositionen über das Gesamthandvermögen grundsätzlich alle Gesamthänder gemeinschaftlich zuständig seien.³⁶² Abweichungen vom Gemeinschaftsprinzip habe der Gesetzgeber ausdrücklich nur für solche Geschäfte vorgesehen, die notwendig seien, um Schäden vom Nachlass abzuwenden.³⁶³

Der Ansatz bietet zudem kein taugliches Abgrenzungskriterium. Es müsste einzelfallabhängig danach entschieden werden, ob die individuelle Verfügung Interessen der anderen Miterben an der Sicherung des Nachlassbestands beeinträchtigt oder nicht. Und fraglich ist, was unter diesen Interessen genau zu verstehen ist, ob sie rechtlicher oder wirtschaftlicher Art sind, ob sie subjektiv oder objektiv zu beurteilen sind – eine Klärung ist der BGH bis heute schuldig geblieben.³⁶⁴ Die gerade für Verfügungen erforderliche Rechtssicherheit kann dieser Ansatz nicht bieten.³⁶⁵

³⁵⁸ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 65; MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., § 2040, Rn. 5.

³⁵⁹ MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., § 2040, Rn. 5, § 2038, Rn. 29; Werner, ZEV 2006, 358 (360).

³⁶⁰ MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., § 2040, Rn. 5, § 2038, Rn. 29; Werner, ZEV 2006, 358 (360).

³⁶¹ MüKo BGB/*Gergen*, Band 9, 5. Aufl., § 2040, Rn. 5, § 2038, Rn. 29; Werner, ZEV 2006, 358 (360).

³⁶² Werner, ZEV 2006, 358 (360).

³⁶³ Werner, ZEV 2006, 358 (360).

³⁶⁴ Schlüter, Erbrecht, 16. Aufl., § 34 III 2 c); Ann, MittBayNot 2007, 131 (135).

³⁶⁵ Bartholomeyczik, FS Reinhardt, 13 (32); Leipold, Erbrecht, 19. Aufl., Rn. 736; Schlüter, Erbrecht, 16. Aufl., § 34 III 2 c).

(b) *Die verwaltende Verfügung*

Weiter geht eine Ansicht, die das Verhältnis der §§ 2038, 2040 BGB umkehren möchte, um so den Anwendungsbereich des § 2040 BGB zurückzudrängen. Entscheidend sei demnach, wie man den in § 2040 BGB verwendeten Begriff der „Verfügung“ zu verstehen habe, insbesondere in Zusammenschau mit dem in § 2038 BGB verwendeten Begriff der „Verwaltung“.

Angesichts der systematischen Stellung des engeren § 2040 BGB nach dem weiten § 2038 BGB und des sehr weit zu verstehenden Verwaltungsbegriffs in § 2038 BGB, wonach Verwaltung die gesamte tatsächliche und rechtliche Verfügung über das verwaltete Gut und damit grundsätzlich jedwedes Außenhandeln umfasst³⁶⁶, sollen von § 2038 BGB sämtliche Maßnahmen der Verwaltung und damit auch verwaltende Verfügungen erfasst sein, während § 2040 BGB nur Verfügungen außerhalb der Nachlassverwaltung betreffen soll, etwa Verfügungen im Rahmen der Auseinandersetzung.³⁶⁷

Für Verfügungsgeschäfte mit Verwaltungscharakter, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind, soll § 2038 BGB gelten, für alle anderen Verfügungsgeschäfte der Erbengemeinschaft hingegen § 2040 BGB.³⁶⁸ § 2040 BGB wäre demnach als *lex generalis* für Verfügungen über Nachlassgegenstände und § 2038 BGB *lex specialis* für verwaltende Verfügungen über Nachlassgegenstände zu verstehen.³⁶⁹

Verwaltende Verfügungen würden damit der Regelung des § 2038 BGB unterfallen und könnten von der Mehrheit vorgenommen werden. Auf diese Weise würde sichergestellt, dass für die gesamte verwaltende Tätigkeit der Erbengemeinschaft, also auch für Verfügungen, das abgestufte System des § 2038 BGB zur Verfügung steht, welches nach ordentlichen und außerordentlichen Maßnahmen und Maßnahmen der Notverwaltung unterscheidet und damit eine flexible Handhabung der alltäglichen Verwaltung ermöglicht, die schnelllebigen wirtschaftlichen Verhältnissen Rechnung trägt, aber auch gemeinschaftliches Handeln einfordert,

³⁶⁶ siehe oben F. III. 1. d. cc. (ii).

³⁶⁷ Muscheler, ZEV 1997, 222 (231).

³⁶⁸ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 16, Fn. 17; Ann, Anmerkung zu BGH Urt. v. 28.4.2006, LwZR 10/05, MittBayNot 2007, 133, 134 f.; Kipp/Coing, Erbrecht, 14. Aufl., § 114 IV 2c; Jauernig/Stürmer, BGB, 14. Aufl., § 2040 Rn. 2; Soergel/Wolf, 13. Aufl., § 2038 Rn. 5; Frank/Helms, Erbrecht, 4. Aufl., § 19 Rn. 19; Leipold, Erbrecht, 19. Aufl., Rn. 736; Muscheler, ZEV 1997, 222, 230 f.; vgl. auch Palandt/Weidlich, BGB, 72. Aufl., § 2038 Rn. 5; Boehmer, AcP 144, 62 (74, 75); Lange, Erbrecht, § 58, Rn. 75.

³⁶⁹ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 57.

soweit eine Maßnahme die Grenzen der Ordnungsmäßigkeit überschreitet. Querulatorisch motivierten Miterben, die entgegen der Verpflichtung in § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 1 BGB ihre Mitwirkung verweigern, mit dem Ziel, sich die durch Mitwirkungsklagen drohenden Zeitverluste abkaufen zu lassen, würde damit auch der Wind aus den Segeln genommen.³⁷⁰

bb. Treuepflichten unter Miterben

Hellfeld versucht über die Konstruktion von Treuepflichten unter den Miterben eine Flexibilisierung der Handlungsorganisation der Erbengemeinschaft zu erreichen.³⁷¹ *Hellfeld* erblickt in dem Versäumnis des Gesetzgebers, einen Mechanismus für die Nachlassverwaltung durch Dauererbengemeinschaften zu regeln, eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke, die durch Treuepflichten unter den Miterben ausgefüllt werden kann.³⁷² Dauererbengemeinschaften seien demnach als „ähnlicher geschäftsähnlicher Kontakt“ i.S.v. § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB zu qualifizieren, aus dem gemäß § 241 Abs. 2 BGB Treuepflichten zwischen den Miterben resultierten, die „jeden Miterben zur Rücksichtnahme auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen der anderen Gesamthänder verpflichte[n]“ und deren Intensität mit der Dauer der Verbindung zunimmt.³⁷³ In diesem Zusammenhang beeinträchtige die Ausübung uneigennütziger Rechte die Rechtsposition der anderen Miterben mehr als die Ausübung eigennütziger Rechte (wie etwa die Erbteilsveräußerung nach § 2033 Abs. 1 BGB) und unterliege daher gesteigerten Anforderungen. Uneigennützige Rechte sind solche, „[...] die einen spezifischen Bezug zur Gemeinschaft aufweisen und dem einzelnen Miterben vom Gesetz deshalb verliehen sind, um den Zweck der erbengemeinschaftlichen Vermögenssonderung zu erreichen.“³⁷⁴ Soweit schützenswerte Eigeninteressen des Miterben nicht ersichtlich sind, soll demnach eine Verpflichtung des Miterben bestehen, Maßnahmen zuzustimmen, die „[...] zur bestmöglichen Realisierung der Vermögenshaftung des Erblassers geeignet und geboten [...]“ sind.³⁷⁵ Die pflichtwidrige Verweigerung der Zustimmung zu solchen Maßnahmen soll unbeachtlich sein und der Miterbe soll seine verweigerte Zustimmung der Durchführung solcher Maßnahmen nicht entgegensetzen können.³⁷⁶

³⁷⁰ Ann, ZEV 2010, 36 (39).

³⁷¹ Hellfeld, Treuepflicht unter Miterben, S. 155.

³⁷² Hellfeld, Treuepflicht unter Miterben, S. 54, 55, 90.

³⁷³ Hellfeld, Treuepflicht unter Miterben, S. 153.

³⁷⁴ Hellfeld, Treuepflicht unter Miterben, S. 153.

³⁷⁵ Hellfeld, Treuepflicht unter Miterben, S. 157.

³⁷⁶ Hellfeld, Treuepflicht unter Miterben, S. 158.

Die Durchführung der Maßnahme durch die Mehrheit soll dann „[...] als ‚gemeinschaftlich‘ im Sinne von § 2040 I BGB zu qualifizieren [...]“ sein.³⁷⁷

cc. Entwicklung in der Rechtsprechung

Der obergerichtlichen Rechtsprechung lässt sich eine, mit der Zeit entwickelte Tendenz entnehmen, wonach eine Auflockerung der Verwaltung auch auf Verfügungsebene grundsätzlich gutgeheißen wird. Dennoch wurde das Gemeinschaftsprinzip auf Verfügungsebene nur marginal aufgeweicht, von einer Abkehr ist die Rechtsprechung dagegen weit entfernt.

Mit einer Entscheidung aus dem Jahre 1965 hat der BGH einen ersten Schritt in diese Richtung getan mit der Feststellung, dass unter Umständen zur Verwaltung auch Verfügungshandlungen erforderlich werden könnten.³⁷⁸

Da diese Entscheidung jedoch einen Extremfall betraf, wonach das zu einem Nachlass gehörende Grundstück enteignet zu werden drohte, soweit die Erben es nicht dem Land aufgelassen hätten, ist Vorsicht geboten, wollte man ihr eine allgemeine Aussage zum Verhältnis der Begriffe „Verwaltung“ und „Verfügung“ entnehmen.

Dies wird insbesondere angesichts einer späteren, ebenfalls vom III. Zivilsenat stammenden Entscheidung vom 29.3.1971³⁷⁹ deutlich, in deren Leitsatz a) der BGH Verfügungen vom Mehrheitsprinzip ausdrücklich ausnimmt. Im Urteil werden dann die Begriffe „Verwaltung“ und „Verfügung“ wiederum als entgegengesetzte Begriffe verwendet:

Es sei „[...] an der Auffassung festzuhalten, die der Entscheidung LM Nr. 1 zu § 2038 BGB und dem Ur. v. 27.10.1956 [...], zugrunde liegt, daß die Mehrheit einen – ordnungsgemäß gefassten – Mehrheitsbeschluß mit Wirkung für und gegen die Erbengemeinschaft jedenfalls dann auszuführen berechtigt ist, wenn er Verwaltungsmaßnahmen, nicht Verfügungen betrifft.“³⁸⁰

Erst in seiner Entscheidung vom 28.9.2005 - IV ZR 82/04³⁸¹ kehrt der BGH von dieser Auffassung ab und stellt erstmals ausdrücklich fest, dass der Verwaltungsbegriff grundsätzlich auch Verfügungen über Nachlassgegenstände umfasst. Demnach

³⁷⁷ Hellfeld, Treuepflicht unter Miterben, S. 158.

³⁷⁸ Urteil vom 22.02.1965 - III ZR 208/63, FamRZ 1965, 267.

³⁷⁹ BGH NJW 1971, 1265.

³⁸⁰ BGH NJW 1971, 1265 (1266).

³⁸¹ BGH ZEV 2006, 24.

sollen unter den Begriff der Nachlassverwaltung gemäß § 2038 Abs. 1 BGB „[...] alle Maßregeln zur Verwahrung, Sicherung, Erhaltung und Vermehrung sowie zur Gewinnung der Nutzungen und Bestreitung der laufenden Verbindlichkeiten [...]“ fallen, worunter grundsätzlich auch Verfügungen über Nachlassgegenstände zu fassen seien.³⁸² Dies werde insbesondere gestützt durch den weiten Wortlaut des § 2038 Abs. 1 Satz 2, Hs. 1 BGB, mit dem weit zu verstehenden Verwaltungsbegriff³⁸³ und der Verwendung des weiten Begriffs „Maßregeln“, und die systematische Stellung des engeren § 2040 Abs. 1 BGB nach dem weiter gefassten § 2038 Abs. 1 BGB.³⁸⁴ „Auch § 180 ZVG, der jedem Erben das Recht einräumt, zur Vorbereitung der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft selbstständig einen Antrag auf Teilungsversteigerung zu stellen [...] verdeutlicht, dass Verfügungen, die einer Erbauseinandersetzung vorangehen und sie evtl. vorbereiten sollen [...] Verwaltungsmaßnahmen sein können [...]“.“³⁸⁵

Der BGH setzt sich in dieser Entscheidung zwar nicht ausdrücklich mit der Frage des Verhältnisses von §§ 2038, 2040 BGB auseinander, regt aber – und dies ist hervorzuheben – für den Nachlass betreffende Veräußerungsgeschäfte eine wirtschaftliche Betrachtungsweise an und betont dabei, dass der Nachlassbestand durch § 2041 BGB bereits ausreichend geschützt sei. Im Einzelnen konstatiert der BGH, es komme wesentlich auf die wirtschaftlichen Auswirkungen einer beabsichtigten Veräußerung an, denn anstelle des zu veräußernden Nachlassgegenstands trete schließlich gemäß § 2041 BGB im Wege dinglicher Surrogation der Verkaufserlös.³⁸⁶ Der Verkauf verändere auf diese Weise nur die Zusammensetzung des Nachlasses, ohne seinen Substanzwert zu mindern.³⁸⁷

In 2006 teilte der Landwirtschaftssenat des BGH in seinem Urteil vom 28.4.2006 (LwZR 10/05) mit, der für Grundstücksrecht zuständige „[...] V. Zivilsenat des BGH [habe] auf Anfrage mitgeteilt, dass er an seiner in BGHZ 38, 122, 124 veröffentlichten Entscheidung, in der er generell die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 2038 BGB auf Verfügungen über Nachlassgegenstände verneint hat, nicht mehr festhält.“³⁸⁸

³⁸² BGH ZEV 2006, 24 (24, 25).

³⁸³ siehe oben F. III. 1. d. cc. (ii).

³⁸⁴ BGH ZEV 2006, 24 (24, 25).

³⁸⁵ BGH ZEV 2006, 24 (24, 25).

³⁸⁶ BGH MittBayNot 2006, 245 (246).

³⁸⁷ BGH MittBayNot 2006, 245 (246).

³⁸⁸ BGH ZEV 2006, 358 (359).

Sodann folgte im Jahr 2009 eine Entscheidung des BGH³⁸⁹, dem einige eine endgültige Wandlung in der Rechtsprechung entnehmen möchten, im Sinne einer Umkehrung des bislang von der herrschenden Meinung angenommenen Verhältnisses zwischen §§ 2038, 2040 BGB.³⁹⁰

Dies kann dieser Entscheidung des BGH m.E. jedoch nicht entnommen werden. Der Leitsatz des Urteils lautet: „Die Erben können ein Mietverhältnis über eine zum Nachlass gehörende Sache wirksam mit Stimmenmehrheit kündigen, wenn sich die Kündigung als Maßnahme ordnungsgemäßer Nachlassverwaltung darstellt.“ Der BGH befürwortet in dieser Entscheidung einen Vorrang des § 2038 BGB vor § 2040 BGB, jedoch ausdrücklich nur für den in dem Urteil zur Entscheidung stehenden Fall der Kündigung eines Mietverhältnisses über einen Nachlassgegenstand.³⁹¹ Als *actus contrarius* zur Begründung des Mietverhältnisses, welche nach der herrschenden Meinung ja problemlos durch die Mehrheit möglich ist, soll auch die Kündigung dieses Vertragsverhältnisses durch Mehrheitshandeln möglich sein. Denn soweit die Miterben per Mehrheitsentscheidung verbindlich Verträge mit Dritten abschließen könnten, sei nicht ersichtlich, warum man ihnen verweigere, die sich aus solchen Verträgen ergebenden Rechte ebenfalls per Mehrheit wieder aufzuheben.³⁹² Die Kündigung sei insofern lediglich „[...] ein bezogen auf das Schuldverhältnis unselbständiges, akzessorisches Gestaltungsrecht [...]“.³⁹³ Für die dann folgende Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Kündigung i.S.v. §§ 2038, 745 BGB führt der BGH aus, diese sei nur gegeben, soweit die Kündigung das Interesse des einzelnen Miterben an der Werterhaltung des Nachlasses nicht beeinträchtigt, also nicht zu einer Entwertung des Nachlasses führe.³⁹⁴ Für die dann folgende Beurteilung dieses Kriteriums im konkret zu entscheidenden Fall zieht der BGH eine wirtschaftliche Betrachtungsweise heran. Die Kündigung wird als wirtschaftlich sinnvoll erachtet, da sie – zugunsten der Erbengemeinschaft – die Eingehung eines neuen Mietvertrages zu deutlich besseren Konditionen ermöglicht. Den Schutzzweck des § 2040 Abs. 1

³⁸⁹ BGH Urteil vom 11.11.2009 (XII ZR 210/05) - BGH ZEV 2010, 36.

³⁹⁰ so MüKo BGB/Gergen, Band 9, 5. Aufl., § 2040, Rn. 6; Ann, ZEV 2010, 36 (39); Brox/Walker, Erbrecht, 24. Aufl., Rn. 507.

³⁹¹ BGH ZEV 2010, 36 (insb. Abs. 26, 31).

³⁹² BGH ZEV 2010, 36.

³⁹³ BGH ZEV 2010, 36.

³⁹⁴ BGH ZEV 2010, 36 (39).

BGB (Bestandssicherung) hält der BGH dagegen in diesem Zusammenhang für nicht relevant³⁹⁵, der BGH lässt § 2040 BGB hier ja auch unangewendet.

Nicht nachvollziehbar ist allerdings, warum der BGH die Anwendbarkeit dieser Prinzipien auf den Einzelfall der Kündigung eines Mietverhältnisses beschränken möchte. So stellt auch das OLG Frankfurt in seinem Urteil vom 29.7.2011 (2 U 255/10), in welchem es den Ausführungen des BGH im oben genannten Urteil grundsätzlich folgt, zutreffend feststellt, dass

„[...] kaum verständlich ist, wieso der Mehrheit eine Vertragsbegründung möglich sein soll, nicht aber der gegenteilige Akt. Da sich dies auch nicht aus einer speziellen mietrechtlichen Sondersituation ergibt, sondern letztlich für alle Verträge gilt, kann dieser Gedanke auch verallgemeinert werden, so dass seiner Anwendung auf ein Darlehen nichts entgegensteht. Maßnahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung können daher auch dann mit Mehrheit durchgeführt werden, wenn sie in einer Kündigung eines Darlehens bestehen und damit eine Verfügung darstellen.“

Das OLG Frankfurt bejaht damit die grundsätzliche Zulässigkeit von Mehrheitsentscheidungen für Kündigungen von Verträgen im Allgemeinen (diese Ansicht wird vom OLG Brandenburg gestützt, welches auf dieser Grundlage in seinem Urteil vom 24.8.2011 (13 U 56/10)³⁹⁶ die Kündigung eines Girovertrags bzw. eines Vertrags über ein Sparkonto durch eine Mehrheit für zulässig befindet), geht jedoch nicht so weit, eine Aussage darüber hinaus für alle Arten von Verfügungen zu treffen.

dd. Stellungnahme

(i) *Bedürfnis nach flexibler Handlungsorganisation*

Die strikte Einhaltung des von § 2040 BGB geforderten Gemeinschaftsprinzips für Verfügungen erschwert erheblich die Veräußerung und Belastung von Nachlassgegenständen. Die Folge ist ein strenger Bestandsschutz für den Nachlass, der den vermeintlichen Vorteil hat, dass der Nachlass physisch zusammengehalten wird. Dies klingt zunächst plausibel, denn wird nichts aus dem Nachlass entfernt, steht dieser den Gläubigern auch genauso zur Verfügung, wie der Erblasser ihn mit

³⁹⁵ BGH ZEV 2010, 36 (38 – insb. Abs. 33).

³⁹⁶ BGH ZEV 2012, 261 ff.

dem Erbfall hinterließ. Die Gläubiger sollen durch den Tod ihres Schuldners schließlich keine Nachteile erleiden.

Wirtschaftlich betrachtet kann eine derartige Sistierung des Nachlasses im aktuellen Marktumfeld allerdings kaum im Interesse der Nachlassgläubiger sein, denn sie geht „[...] an den Gegebenheiten eines dynamischen Marktgeschehens vorbei, das die Fähigkeit zur raschen Anpassung an sich verändernde Rahmenbedingungen erfordert.“³⁹⁷ Ein, insbesondere durch technische Innovationen hervorgebrachtes, schnelllebiges Marktumfeld, verlangt seinen Teilnehmern entsprechende Reaktionsfähigkeit ab. Erforderlich wäre ein flexibles „Management“ von Nachlassvermögen, welches rasche Reaktionen auf sich schnell verändernde Marktverhältnisse ermöglicht, um so der Erbengemeinschaft zu ermöglichen, den *wirtschaftlichen Gesamtwert* des Nachlassvermögens stabil zu halten. Die Erbengemeinschaft muss mithin zu einem tauglichen Teilnehmer im Rechtsverkehr entwickelt werden. Das Erfordernis, auf Verfügungsebene gemeinschaftlich zu handeln, steht dem entgegen. Selbst bei nicht konfliktbelasteten Erbengemeinschaften würde es zuweilen schwierig, die Zustimmung aller rechtzeitig in der ggf. erforderlichen Form einzuholen. Sind die Erben sich uneinig oder gar zutiefst zerstritten und bereit, sich gegenseitig des puren Trotzes willens zu blockieren, kann dies gar zu einer völligen Lähmung führen. Der einzige Weg zur Umsetzung einer Maßnahme wäre dann noch der Klageweg. Dabei dürfte klar sein, dass vor dem Hintergrund sich schnell verändernder wirtschaftlicher Voraussetzungen ein zu einem bestimmten Zeitpunkt wirtschaftlich sinnvolles Unterfangen zum Scheitern verurteilt ist, kann es erst nach einem sich über Jahre erstreckenden Prozess realisiert werden. Vorhaben der Mehrheit zur Umsetzung wirtschaftlich sinnvoller Maßnahmen könnten damit durch die pure Blockadehaltung einzelner Miterben vollständig vereitelt werden. Die Mehrheit müsste dem Wertverfall von Nachlassgegenständen, und damit des Nachlasses, hilflos zusehen. Dies kann nicht gewollt sein.

Vor dem Hintergrund einer wirtschaftlichen Betrachtung des Nachlasses müssten dann auch werbende Handlungen als Teil der Nachlassverwaltung verstanden werden. Die Einbeziehung nachlassmehrenden Handelns in den einheitlich geltenden Begriff der Nachlassverwaltung³⁹⁸ ist Beleg dafür, dass werbendes Handeln der

³⁹⁷ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 53.

³⁹⁸ siehe oben F. III. 1. d. cc. (ii).

Nachlassverwaltung offenbar nicht völlig wesensfremd ist.³⁹⁹ Eine über lange Dauer bestehende Erbengemeinschaft, die mit einer komplexen Vermögensmasse konfrontiert ist, bedarf vor dem Hintergrund eines dynamischen Marktumfeldes einer wirtschaftlich sinnvollen Verwaltung, damit Nachlassgläubiger und Miterben bei der Auseinandersetzung nicht schlechter dastehen als zur Zeit des Erbfalls. Nachlassverwaltung ist daher nicht nur auf Maßnahmen beschränkt, die mit Blick auf die Auseinandersetzung erfolgen.⁴⁰⁰ Es müssen vielmehr unter Umständen wertwahrende Veräußerungsgeschäfte eingegangen werden. Nicht ersichtlich ist in diesem Zusammenhang, warum dabei nicht auch Gewinne erzielt werden dürften. Hier wird zum Teil eingewandt, dass der Geschäftsgegner benachteiligt würde, „[...] weil Nachlassgläubiger gegenüber persönlichen Gläubigern der Miterben gem §§ 2046 f [BGB] beim Zugriff auf den Nachlass begünstigt sind und letztere deshalb davor geschützt werden müssen, dass Neuerwerb der Miterben in den Nachlass fällt [...]“.⁴⁰¹ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass zum einen stets auch eine Eigenverbindlichkeit der handelnden Erben entsteht.⁴⁰² Des Weiteren wird aber in der Regel auch eine Nachlassverbindlichkeit im Rahmen wertwahrender bzw. -mehrender Rechtsgeschäfte mit Dritten entstehen, da die Verbindlichkeit dann vom Standpunkt eines sorgfältigen Verwalters in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses eingegangen worden ist.⁴⁰³ Der Geschäftspartner ist also hinreichend geschützt.

Die Nachlassverwaltung muss folglich weg von der Sistierung hin zu einem flexiblen Vermögensportfolio-Management entwickelt werden. Die Bestandssicherung muss dabei von der Wertsicherung als Schutzmechanismus für den Nachlass abgelöst werden.⁴⁰⁴

(ii) Bewertung der Lösungsansätze de lege lata

So wünschenswert eine entsprechende Flexibilisierung auch sein mag, sie ist mit den geltenden gesetzlichen Regelungen der Nachlassverwaltung nicht vereinbar. Weder Auslegung noch Rechtsfortbildung können hier weiterhelfen.

³⁹⁹ NK-BGB/Ann, Band 5, 3. Aufl., § 2038, Rn. 6; Ann, Die Erbengemeinschaft, S.14, 15.

⁴⁰⁰ Strothmann, Einzelkaufmännisches Unternehmen und Erbenmehrheit im Spannungsfeld von Handels-, Gesellschafts-, Familien- und Erbrecht, ZIP 1985, 969 (973).

⁴⁰¹ Staudinger/Werner, BGB (2010), v. §§ 2032-2057a, Rn. 3.

⁴⁰² siehe oben F. III. 1. e. dd. (i).

⁴⁰³ siehe unten F. III. 2. c. cc. (i).

⁴⁰⁴ So auch Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 123.

(a) Auslegung

Bei der Auslegung des Gesetzes sind grundsätzlich auch die dieses begleitenden tatsächlichen Entwicklungen zu berücksichtigen, „[...] denn es ist nicht toter Buchstabe, sondern lebendig sich entwickelnder Geist, der mit den Lebensverhältnissen fortschreiten und ihnen sinnvoll angepasst weitergelten will [...]“, allerdings, und darauf kommt es hier entscheidend an, „[...] solange dies nicht die Form sprengt, in die er gegossen ist“.⁴⁰⁵

(aa) Grammatische Interpretation

Betrachtet man den Wortlaut des § 2040 BGB, kann kein Zweifel bestehen, dass dieser sämtliche Verfügungen der Miterben über Nachlassgegenstände erfassen möchte. Bereits oben wurde festgestellt, dass das Gesetz hier den im BGB allgemein geltenden, etablierten Verfügungsbegriff verwendet.⁴⁰⁶ Das Gesetz verwendet in § 2040 BGB den Begriff „Verfügung“ zudem absolut, ohne jegliche Einschränkung und gibt keinerlei Anzeichen dafür, dass es den Verfügungsbegriff in einem anderen als dem üblicherweise gebrauchten Sinne verstanden wissen möchte.

(bb) Historische Interpretation

Die Schwerfälligkeit der Gesamthand war dem historischen Gesetzgeber bewusst und wurde von ihm offensichtlich lediglich als Nachteil für die Miterben angesehen, insofern als deren gegenseitige Abhängigkeit sie daran hindert, zu ihrem eigenen Vorteil schnell über das Vererbte finanziell zu verfügen.⁴⁰⁷ Die Kehrseite dieser Abhängigkeit ist aber gerade die Vermögensseparation, welche für den historischen Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Erbengemeinschaft im Vordergrund stand, um den Nachlassgläubigern eine einheitliche Haftungsgrundlage zur Verfügung zu stellen.⁴⁰⁸ Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Schwerfälligkeit vom historischen Gesetzgeber als Nachlassgläubigerschutzmechanismus verstanden wurde.

(cc) Systematische Interpretation

Der erste Satz des § 2038 Abs. 1 BGB lautet nicht nur zufällig: „Die Verwaltung des Nachlasses steht den Erben gemeinschaftlich zu.“ Damit wird der Grundsatz

⁴⁰⁵ BGHSt 10, 157, 159 f., so auch Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 318.

⁴⁰⁶ siehe oben F. III. 2. b. aa. (i).

⁴⁰⁷ Prot. V, 835.

⁴⁰⁸ siehe oben C. II. 2.

vorneweg festgelegt. Erst im Anschluss daran werden Ausnahmetatbestände genannt. Das Mehrheitsprinzip in §§ 2038 Abs. 2, 744 BGB ist als Ausnahmeregelung zum grundsätzlich für die Erbengemeinschaft geltenden Gemeinschaftsprinzips daher restriktiv auszulegen.⁴⁰⁹

Die systematische Stellung des enger gefassten § 2040 BGB („Verfügung“) hinter dem weiteren § 2038 BGB (angesichts des weiten Verwaltungsbegriffs und der Verwendung des Begriffs „Maßregel“) spricht zudem dafür, dass § 2038 BGB als *lex generalis* für Verwaltungsmaßnahmen und § 2040 BGB im Verhältnis dazu als *lex specialis* für Verfügungen im Rahmen der Nachlassverwaltung aufzufassen ist.⁴¹⁰ Angesichts des weiten Verwaltungsbegriffs, der auch Verfügungen umfasst, ist nämlich davon auszugehen, dass der Gesetzgeber Verfügungen nicht separat, außerhalb des § 2038 BGB geregelt hätte, wenn er diese denselben Regeln hätte unterwerfen wollen.⁴¹¹ Für Verfügungen sollten ganz offensichtlich andere Regeln gelten. Die Ausnahmeregelungen der §§ 2038 Abs. 2, 744 BGB sollten keine Anwendung finden.⁴¹²

Folgerichtig müsste das Mehrheitsprinzip des § 2038 BGB, um mit dem in den §§ 2038 Abs. 1 S. 1, 2040 Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommenden Vorrang des Gemeinschaftsprinzips im Einklang zu stehen, so verstanden werden, dass Verpflichtungsgeschäfte, die einem Verfügungsgeschäft vorgelagert sind, stets nur gemeinschaftlich vorgenommen werden können und demnach nicht der ordnungsmäßigen Verwaltung unterfallen.⁴¹³ Einzige Ausnahme stellen dabei Maßnahmen der Notverwaltung dar. Hier beansprucht das Gesetz nämlich eindeutig Geltung für sämtliche Maßnahmen der Nachlassverwaltung (vgl. insofern den Wortlaut „Maßregeln, „ohne Mitwirkung“ und „treffen“).

(dd) Teleologische Interpretation

Das gesamte gesetzliche System der Nachlassverwaltung geht offensichtlich von einem Vorrang der Gemeinschaftlichkeit aus. Das Gesetz betont an jeder Stelle die gemeinschaftliche Zuständigkeit bezüglich des gemeinsamen, gebundenen

⁴⁰⁹ MüKo BGB/Gergen, Band 9, 5. Aufl., § 2040, Rn. 3; Staudinger/Werner, BGB (2010), § 2038, Rn. 21.

⁴¹⁰ MüKo BGB/Gergen, Band 9, 5. Aufl., § 2038, Rn. 29.

⁴¹¹ Staudinger/Werner, BGB (2010), § 2040, Rn. 1.

⁴¹² Staudinger/Werner, BGB (2010), § 2040, Rn. 1.

⁴¹³ Anders die h.M., die hier kein einheitliches Konzept verfolgt, was zu unschlüssigen Ergebnissen führt (siehe oben F. III. 2. a.).

Vermögens. Gemäß § 2032 Abs. 1 BGB ist der Nachlass „gemeinschaftliches Vermögen“ der Erben. Das in § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich festgeschriebene Erfordernis der Gemeinschaftlichkeit wird durch § 2040 BGB auf der Verfügungsebene konsequent fortgeführt.

Der Nachlass in seinem konkreten Bestand, also seine Zusammensetzung aus den beim Erbfall vorhandenen einzelnen Gegenständen, steht bei der gesetzlichen Regelung der §§ 2038, 2040 BGB ersichtlich im Vordergrund. Denn jegliche Veränderung des Sondervermögens wird als ein Antasten des „Kernbereichs“ der Erbengemeinschaft angesehen und der Gemeinschaftlichkeit unterstellt. Jeder Miterbe soll mitsprechen können, wenn es dem Nachlass an die Substanz geht. Der Bereich der außerordentlichen Verwaltung ist damit erreicht. Zwar erfordert der herrschende Begriff der Ordnungsmäßigkeit, dass für eine Abgrenzung zu außerordentlichen Maßnahmen der Nachlass als Ganzes und nicht die einzelnen Erbschaftsgegenstände betrachtet werden. Dabei wird regelmäßig vorgebracht, dass ansonsten nie der Bereich der Ordnungsmäßigkeit erreicht würde, wenn in jeder Verfügung über jeden noch so unbedeutenden Nachlassgegenstand eine wesentliche Veränderung gesehen würde.⁴¹⁴ Allerdings ist dem Gesetz eine andere Wertung zu entnehmen. Außer Frage steht gewiss, dass der „Nachlass als Ganzes“ Anknüpfungspunkt für die Abgrenzung zwischen ordentlicher und außerordentlicher Maßnahme dienen muss. § 2040 BGB ist jedoch deutlich zu entnehmen, dass Verfügungen über einzelne Nachlassgegenstände als wesentliche Einwirkungen auf den „Nachlass als Ganzes“ und damit als außerordentlich angesehen werden.

Für dieses statische Verständnis spricht auch der Verweis in das Recht der Bruchteilsgemeinschaft. Bei dieser gibt es nur einen einzigen Gegenstand, Veränderungen im Vermögen treten hier also nicht ein. Der Gesetzgeber wollte auch den Nachlass als statisches Vermögen ausgestalten.

Das gesamte Regelungssystem der Nachlassverwaltung ist damit auf einen Bestandsschutz ausgerichtet.⁴¹⁵ Durch das gemeinschaftliche Handeln soll verhindert werden, dass Nachlassgegenstände aus dem Nachlass weggegeben werden, ohne dass alle Miterben mitwirken. Im Vordergrund – sollte man meinen – steht hier

⁴¹⁴ BGH ZEV 2006, 24 (25); Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 22 f.; Brox/Walker, Erbrecht, 24. Aufl., Rn. 492; Palandt/Weidlich, BGB, 72. Aufl., § 2038 Rn. 6; Muscheler, ZEV 1997, 222 (225); Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl., § 43 I 3d; MüKo BGB/Gergen, Band 9, 5. Aufl., § 2038, Rn. 30; Michalski, Erbrecht, § 22 III 1 a. bb., Rn. 842; a.A. LG Hannover, NJW-RR 1990, 454; Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl., § 2038 Rn. 9; Staudinger/Werner, BGB (2010), § 2038, Rn. 13.

⁴¹⁵ Davon geht auch der BGH aus, siehe BGH ZEV 2006, 358 ff.

wiederum der Schutz der Minderheitserben. Denn wenn sich die Miterben einig sind, können sie jede noch so nachlassauszehrende Verfügung zum Nachteil der Nachlassgläubiger vornehmen. Vordergründig, so scheint es, geht es nicht um einen Schutz der Nachlassgläubiger, sondern vielmehr nur um die vermögensrechtliche Zuordnung des Nachlasses zugunsten der Miterben. Nach der herrschenden Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung steht der Nachlass den Miterben in ihrer Gesamtheit zu, wobei eine Berechtigung an einzelnen Nachlassgegenständen im Einklang mit der gesetzlichen Regelung des § 2033 Abs. 2 BGB nur in der Art denkbar ist, dass jedem Miterben die einzelnen Nachlassgegenstände jeweils ganz zugeordnet sind, allerdings beschränkt durch die jeweiligen Rechte der anderen Miterben.⁴¹⁶ § 2040 Abs. 1 BGB geht ebenfalls von dieser vermögensrechtlichen Zuordnung aus, indem er eine gemeinschaftliche Verfügung fordert. Denn ist jeder Miterbe am einzelnen Nachlassgegenstand berechtigt, beschränkt durch die Rechte der anderen an dem Gegenstand, ist denknotwendig nur eine gemeinschaftliche Disposition über ihn möglich. Durch den kategorischen Ausschluss von Mehrheitshandeln möchte das Gesetz die rechtliche Beziehung der Miterben zum konkreten Nachlassgegenstand betonen und verfolgt damit einen strikten Bestandsschutz zu ihren Gunsten. Das Gesetz bezweckt also mit dem Gemeinschaftsprinzip, jedenfalls der von ihm gewählten vermögensrechtlichen Zuordnung des Nachlasses Ausdruck zu verleihen. Geschützt werden so die Miterben und ihre Rechtsposition am konkreten Nachlassgegenstand. Insoweit bezweckt der Gesetzgeber einen strengen Bestandsschutz zugunsten der Miterben.

Im Gegensatz dazu scheint das Gesetz in Bezug auf die Nachlassgläubiger in gewissen Grenzen einen Werterhalt des Nachlasses als ausreichend zu erachten. Die personelle Zusammensetzung bei Nachlassauszehrungen ist für die Nachlassgläubiger nicht von Relevanz.⁴¹⁷ Zudem wäre sonst auch die Vorschrift des § 2041 BGB nicht erklärbar. Das Gesetz würde außerdem eine vollständige Sperrung jeglicher Verfügungen über Nachlassgegenstände anordnen, soweit es eine vollständige Sistierung zugunsten der Nachlassgläubiger für erforderlich hielte. Diese Akzeptanz eines Werterhalts geht aber nur so weit, als Dispositionen über den Nachlass durch die Handlungsorganisation der Erbengemeinschaft überhaupt ermöglicht werden. Die Dominanz des Gemeinschaftsprinzips bewirkt nämlich

⁴¹⁶ MüKo BGB/Gergen, Band 9, 5. Aufl., § 2032, Rn. 11.

⁴¹⁷ siehe oben F. III. 1. d. dd. (i).

zugleich auch eine erhebliche Lähmung der Handlungsorganisation der Erbengemeinschaft, die nicht ohne Auswirkung auf die Nachlassgläubiger bleibt. Die Miterben werden sich selten problemlos und schnell einig werden. Der Verfügungsprozess hängt damit im Wesentlichen an § 2040 BGB, der damit die Bedeutung des § 2041 BGB erheblich beschränkt. Der vom Gesetz im Grundsatz akzeptierte Werterhalt im Hinblick auf die Nachlassgläubiger ist damit so stark reduziert, dass hier tatsächlich eher von Bestandsschutz auch im Hinblick auf die Nachlassgläubiger zu sprechen ist. § 2041 BGB wirkt insofern nur als „Notanker“. Von einer Entscheidung des Gesetzgebers „pro Werterhalt“ kann daher keine Rede sein. § 2040 BGB postuliert damit, aufgrund seiner Kompromisslosigkeit, einen rigorosen Bestandsschutz, der sowohl zugunsten der Miterben als auch der Nachlassgläubiger wirken soll.

Eine auf Werterhaltung gerichtete flexible Nachlassverwaltung entspricht, im Rahmen der gewandelten wirtschaftlichen Verhältnisse, eher den Interessen der Nachlassgläubiger und der Miterben. Damit ist ein Wandel in der Normsituation eingetreten. Die tatsächlichen Verhältnisse, die den Gesetzgeber zur Betonung des Gemeinschaftsprinzips bewogen haben, haben sich zwischenzeitlich drastisch verändert. Dennoch muss die neue Auslegung, „[...] soll sie Auslegung bleiben, noch im Rahmen des (damaligen oder, falls dieser eine ‚zeitgerechte‘ Auslegung eher ermöglicht, des heutigen) Wortsinns und auch des Kontextes des Gesetzes liegen und darf sich in der Regel auch nicht über den Zweck des Gesetzes hinwegsetzen.“⁴¹⁸

Das Gesetz hat eine klare Entscheidung darüber getroffen, wie der Zweck der Nachlassverwaltung (den Nachlass als Haftungsgrundlage für Nachlassgläubiger und Miterben zu erhalten) zu verwirklichen ist, nämlich durch einen rigorosen Bestandsschutz, welcher durch die dominante Verankerung des Gemeinschaftsprinzips im Gesetz unumstößlich und nicht durch Auslegung zu überwinden ist. Damit ist auch die vom BGH in zwei seiner oben dargestellten Entscheidungen angewandte wirtschaftliche Betrachtungsweise vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Entwicklungen zwar wünschenswert, aber mit der geltenden Gesetzeslage nicht zu vereinbaren.

⁴¹⁸ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 350, 351.

(b) Rechtsfortbildung

Sind die Grenzen der Auslegung erreicht und dem Gesetz eine bestimmte Regelung nicht zu entnehmen, so kann man in einem nächsten Schritt darüber nachdenken, ob das Gesetz nicht vielleicht lückenhaft ist und einer Ergänzung durch richterliche Rechtsfortbildung zugänglich ist.

Rechtsfortbildung durch die obersten Gerichte des Bundes ist allgemein anerkannt (teils sogar gesetzlich festgeschrieben, vgl. §§ 132 Abs. 4 GVG, 11 Abs. 4 VwGO, 45 Abs. 4 ArbGG)⁴¹⁹ und ergibt sich aus der Bindung des Richters an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3, 97 GG).⁴²⁰ Denn das Recht ist mehr als die Gesamtheit aller geschriebenen Gesetze, seine Quelle ist „[...] in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnganzen [...]“ zu finden, sodass es „[...] dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag [...]“ – ein enger Gesetzespositivismus wird damit abgelehnt⁴²¹, es geht vielmehr darum, dem Recht Geltung zu verschaffen und hierzu ist der Richter gehalten, denn dies gebietet die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG.

Auf der anderen Seite findet die Rechtsfortbildung durch den Richter im Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) ihre Grenze. Der demokratisch legitimierte Gesetzgeber ist demnach zur Rechtsetzung berufen und der Richter grundsätzlich auf die Rechtsanwendung beschränkt.

(aa) Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion des § 2040 BGB?

Die Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung hält sich jedenfalls noch im Rahmen des Rechtsanwendungsauftrags des Richters, denn der Richter ist angehalten, Gesetzeslücken aufzufüllen, „[...] um das Gesetz sinngemäß, und das heißt im Sinne des ihm zu Grunde liegenden Regelungsplans und der ihm immanenten Wertungen, anzuwenden.“⁴²² Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion ist die Korrektur des „[...] Gesetzeswortlauts gemäß der *ratio legis*, der dem Gesetz eigenen Teleologie [...]“, um eine Gesetzeslücke i.S.e. „planwidrigen Unvollständigkeit“ des Gesetzes zu auszufüllen.⁴²³

⁴¹⁹ BVerfGE 34, 269 (287, 288).

⁴²⁰ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 366, 369, 370, 413.

⁴²¹ BVerfGE 34, 269 (286).

⁴²² Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 413.

⁴²³ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 373, 397.

Hier fehlt es aber schon an einer solchen planwidrigen Regelungslücke. Die Schwerfälligkeit der Gesamthand durch die Abhängigkeit jedes Miterben von der Mitwirkung der anderen wurde im Gesetzgebungsverfahren erkannt, allerdings nur als Nachteil für die Erben erachtet.⁴²⁴ Für die Nachlassgläubiger ist der sich mit der Schwerfälligkeit der Nachlassverwaltung ergebende und vom Gesetz bezweckte Bestandsschutz aber vorteilhaft, sie fördert diesen. Eine ausfüllungsbedürftige Lücke ist damit nicht gegeben. Vielmehr sieht das Gesetz hier eine Regelung vor, die rechtspolitisch nicht mehr wünschenswert ist, da der vom Gesetz vorgegebene Bestandsschutz angesichts der geänderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen seiner Funktion, den Nachlass zu erhalten, nicht mehr gerecht werden kann.

Einzig der in den Entscheidungen des BGH vom 11.11.2009⁴²⁵, des OLG Frankfurt vom 29.7.2001 (2 U 255/10) und des OLG Brandenburg vom 24.8.2011 (13 U 56/10) vorgenommenen teleologischen Reduktion kann teilweise zugestimmt werden. Zumindest insofern, als es sich nämlich um die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses handelt, welches die Miterben selbst, also nach dem Erbfall, in Mehrheit abgeschlossen haben. Nur diese stünde dem vom Gesetz bezweckten Bestandsschutz nicht entgegen. Nimmt man nämlich das statische Verständnis des Gesetzes vom Nachlass ernst, so sind auch werbende Maßnahmen nicht erwünscht. Geht also die Miterbenmehrheit ein Dauerschuldverhältnis ein und fallen damit neue Ansprüche in den Nachlass, so gilt für deren Verlust durch Kündigung „wie gewonnen, so zerronnen“. Hatte dagegen der Erblasser das Dauerschuldverhältnis begründet, würden dessen Kündigung durch die Miterben und der Verzicht auf die daraus resultierenden, zum Erbfall im Nachlass bereits vorhandenen Ansprüche, dem vom Gesetz verfolgten Bestandsschutz widersprechen.

Darüber hinaus ist das Gesetz aber nicht unvollständig und damit keiner teleologischen Reduktion zugänglich, sondern vielmehr korrekturbedürftig.⁴²⁶

(bb) Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung durch Treuepflichten?

Hellfelds Versuch, über die Konstruktion von Treuepflichten unter den Miterben eine Flexibilisierung der Handlungsorganisation der Erbengemeinschaft zu erreichen, ist auf Grundlage der geltenden gesetzlichen Regelungen nicht erfolgversprechend.

⁴²⁴ Prot. V, 835.

⁴²⁵ BGH ZEV 2010, 36.

⁴²⁶ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 374.

Zu bemängeln ist hier bereits die Tauglichkeit der Dauerhaftigkeit als Abgrenzungskriterium. Ab wann genau soll die Grenze überschritten sein, wonach eine Erbengemeinschaft als „dauerhaft“ bezeichnet werden kann, um das Entstehen von Treuepflichten festzustellen? Da die Grenzen hier fließend sind, bedarf es vielmehr einer einheitlichen Lösung, die in der Lage ist, sowohl die „schlichte“ (mit geringer und wenig komplexer Vermögensmasse), sich schnell auflösende Erbengemeinschaft als auch Erbengemeinschaften mit Nachlassvermögen unterschiedlichster Komplexität und unterschiedlichster (und ggf. langer) Dauer zu erfassen und einer einheitlichen Lösung zuzuführen.

Des Weiteren spricht gegen diesen Ansatz, dass keine planwidrige Regelungslücke besteht. Die Möglichkeit dauerhaft bestehender Erbengemeinschaften ist dem Gesetz nicht fremd, wie aus §§ 2044, 2042 Abs. 2 BGB ersichtlich wird. Und die Starrheit der Nachlassverwaltung war dem Gesetzgeber sehr wohl bewusst.

Eine Treupflichtverletzung, die das Stimmrecht des Minderheitserben außer Kraft setzt im Hinblick auf Verfügungsgeschäfte, dürfte in dem aktuellen gesetzlichen Kontext einer nahezu vollständigen Sistierung des Nachlasses kaum jemals relevant werden. Das Gesetz ist auf Bestandsschutz ausgerichtet, es will ja gerade die Position des einzelnen Miterben stärken und Verfügungen soweit möglich verhindern. Wirkt ein Miterbe bei einer Verfügung nicht mit, so stellt dies also in der Regel eine berechnigte Ausübung seiner Interessen dar.

Der Gedanke einer Beschränkung des Stimmrechts des Minderheitserben aufgrund treuwidriger Verweigerung der Zustimmung ist letztlich auch nichts anderes als eine teleologische Reduktion des § 2040 BGB durch die Hintertür. Es wird suggeriert, ein „gemeinschaftliches“ Handeln sei hier immer noch gewährleistet, indem die Mehrheit, aufgrund der Unbeachtlichkeit der Weigerungshaltung der Minderheit, alle Miterben repräsentiert.⁴²⁷ Dies ist aber letztlich nichts anderes als die Schaffung einer gesetzlichen Vertretungsmacht zugunsten der Miterbenmehrheit, welche denknötwendig mit einer teleologischen Reduktion des § 2040 BGB einhergeht, die Hellfeld ja selbst (zu Recht) als *contra legem* ablehnt.⁴²⁸ Durch die Einschränkung des Gemeinschaftsprinzips auf Verfügungsebene wird nämlich die vermögensrechtliche Zuordnung unterlaufen, die den Bestandsschutz sicherstellen soll.⁴²⁹ Die dem

⁴²⁷ Hellfeld, Treuepflichten unter Miterben, S. 158.

⁴²⁸ Hellfeld, Treuepflichten unter Miterben, S. 84-86.

⁴²⁹ siehe unten F. III. 2. c. bb.

Miterben dadurch eingeräumte „Rechtszuständigkeit“ an den einzelnen Nachlassgegenständen wird ausgehöhlt – nach der Ansicht *Hellfelds* geradezu zu einem „dinglichen Nullum“ reduziert.⁴³⁰

Zwar stellt *Hellfeld* zutreffend fest, dass der historische Gesetzgeber selbst konstatierte, dass die Miterben „[...] in ein persönliches Verhältniß [einträten], welches den Einzelnen der Gesamtheit unterordne [...]“.⁴³¹ Auf der anderen Seite bewirkt aber gerade die starke rechtliche Position des einzelnen Miterben an den individuellen Nachlassgegenständen den vom Gesetz intendierten Bestandsschutz, welcher seinerseits den Erhalt des Nachlasses als Haftungsgrundlage bezweckt. Die Aussage des historischen Gesetzgebers kann mithin nur so verstanden werden, dass die von ihm ausdrücklich gewollte starke Stellung des einzelnen Miterben ihre Grenze dort finden muss, wo einzelne Erben ihre starke Position missbrauchen, um der Erbengemeinschaft und den Nachlassgläubigern zu schaden, ohne dabei eigenen berechtigten Interessen zu nützen – also in der puren Obstruktion.⁴³² Hierfür bieten Treuepflichten in der Tat eine Lösung. Allerdings wäre die Intention zur Obstruktion wohl nachzuweisen, um einen entsprechenden Stimmrechtsverlust zu rechtfertigen und dies dürfte sich als schwierig erweisen. Außerdem betrifft die Obstruktion einzelner Miterben nur einen Teilausschnitt der Schwerfälligkeit der Verwaltungstätigkeit, sie sind als Extremfälle einzustufen. Lediglich für sie eine Lösung zu bieten, ist unzureichend. Vielmehr müssten die sich durch die Notwendigkeit der Gemeinschaftlichkeit ergebenden langwierigen Entscheidungsprozeduren aufgelockert werden. Hierfür bedarf es eines Gesamtkonzepts und nicht nur einer auf Einzelfälle beschränkten Lösung.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass es sich auch bei diesem Ansatz letztlich um eine teleologische Reduktion des § 2040 BGB handelt. Im Falle einer pflichtwidrigen Verweigerung der Zustimmung soll nämlich die „echte Gemeinschaftlichkeit“ einem Mehrheitshandeln weichen. Dies ist nur für Fälle der puren Obstruktion mit dem Gesetzeszweck vereinbar, denn das Gesetz bezweckt Bestandsschutz, möchte aber nicht schädliches Verhalten ermöglichen. Ein solches wäre angesichts des vom Gesetz verfolgten rigorosen Bestandsschutzes allerdings nur denkbar, wenn dem Nachlass Schaden droht, sodass man dann ohnehin in den Bereich der Notverwaltung gelangt.

⁴³⁰ siehe unten F. III. 2. c. bb.

⁴³¹ Mudgan, Band V, S. 497; *Hellfeld*, Treuepflichten unter Miterben, S. 30, 155

⁴³² *Hellfeld*, Treuepflichten unter Miterben S. 155.

Auf der Grundlage der aktuellen Gesetzeslage kann die Konstruktion von Treuepflichten zu einer Flexibilisierung der Handlungsorganisation der Erbengemeinschaft daher nicht beitragen.

(cc) *Unternehmenstragende Erbengemeinschaft*

Auch hinsichtlich der unternehmenstragenden Erbengemeinschaft liegt keine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke vor. Angesichts der vorhandenen Verwaltungsregelungen in § 2038 BGB mangelt es dem Recht der Erbengemeinschaft nicht an Regelungen für das Betreiben eines kaufmännischen Unternehmens. Sie mögen vielleicht nicht ideal zugeschnitten sein hierfür, aber dies entspricht der bewussten Entscheidung des Gesetzes.

Aus den vorstehenden Ausführungen wird deutlich, dass der Nachlass vom Gesetz als statisches Vermögen verstanden wird. Das passt nicht zusammen mit der Tatsache, dass zweifelsohne auch kaufmännische Unternehmen im Wege der Universalsukzession beim Erbfall in den Nachlass fallen, da es hierfür keine Sondererbfolge gibt.⁴³³ Diese bedürfen jedoch einer am geschäftlichen Verkehr ausgerichteten, dynamischen Verwaltung, um zu überleben. Es kann sicher nicht im Interesse der Nachlassgläubiger sein, dass ein kaufmännisches Unternehmen in den Nachlass fällt und dort „zu Tode sistiert“ wird. Dies ist allerdings auch nicht die Intention des Gesetzes. Gerade weil die Erbengemeinschaft in ihrer statischen Form und mangels Rechtssubjektivität⁴³⁴ kein geeigneter Rechtsträger für ein kaufmännisches Unternehmen ist, will das Gesetz gerade keine erbrechtliche Lösung. Die Erbengemeinschaft soll nur für einen vorübergehenden Zeitraum als Unternehmensträger fungieren, bis die Erben entschieden haben, ob und wie (also auch in welcher Form) sie das Unternehmen weiter betreiben wollen. Die mangelnde Eignung der erbrechtlichen Vorschriften für das Betreiben einer Unternehmung soll die Erben also gerade zu einer baldigen gesellschaftsrechtlichen Lösung veranlassen.⁴³⁵

In der Regel wird der Betreiber eines kaufmännischen Unternehmens das Schicksal seines Lebenswerks aber auch nicht dem Zufall überlassen, sondern vertragliche Vorkehrungen treffen, damit die Unternehmung auch im Falle seines Todes

⁴³³ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 308.

⁴³⁴ siehe unten F. III. 2. c. bb.

⁴³⁵ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 309, 310, 313.

erfolgreich weiterbetrieben werden kann.⁴³⁶ Eine Fortführung nach erbrechtlichen Regeln wird daher in der Praxis eher in den seltenen Fallgestaltungen relevant werden, wenn der Erblasser überraschend vorzeitig verstirbt, bevor er eine Regelung veranlassen konnte oder an eine solche überhaupt nicht gedacht hatte. Die Fortführung eines Unternehmens durch eine Erbengemeinschaft ist in der Praxis daher eher die Ausnahme.⁴³⁷ „Für die derzeit vielbeschworene Erbengeneration enthält § 27 [HGB] damit [...] Abschreckungspotential als Anreiz für kautelarjuristische Vorsorge.“⁴³⁸

Als problematische Fälle verbleiben damit die Situationen, wo der Erblasser nicht vorgesorgt hat, die Erben zerstritten sind und zu keiner Einigung kommen, bzw. die Unternehmung auf entscheidungsscheue oder -unfähige Erben übergegangen ist. Dann verharrt die Unternehmung in der Handlungsorganisation, die das Erbengemeinschaftsrecht bietet, bis die Erben zu einer Entscheidung gelangen. Dies kann die Unternehmung paralysieren und im äußersten Fall zugrunde richten. Dies sei in Anbetracht der Tatsache, dass hier nicht nur Nachlassgläubiger- und Miterbeninteressen beeinträchtigt, sondern darüber hinaus auch ein Risiko für den Rechtsverkehr geschaffen werde, nicht hinnehmbar.⁴³⁹ Es sei ein berechtigtes Interesse des Publikums gegeben, „[...] nur mit handlungsfähigen Rechtssubjekten zu tun zu haben, die keine Risiken für andere Rechtsteilnehmer bilden [...]“. ⁴⁴⁰ Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass die Unternehmung nicht vollständig handlungsfähig ist, schließlich steht ihr die Verwaltung nach § 2038 BGB zur Verfügung. Haben zudem die Erben die Unternehmung mit Ablauf der Überlegungsfrist des § 27 Abs. 2 BGB nicht eingestellt, sich mithin dafür entschieden, die Unternehmung fortzuführen, ist in der Regel auch zu erwarten, dass sie sich hierfür der ihnen zur Verfügung gestellten Handlungsorganisation des § 2038 BGB bestmöglich bedienen, bis sie sich für eine Überführung der Unternehmung in geeignetere, gesellschaftsrechtliche Strukturen entschieden haben. Missmanagement ist dagegen ein allgemeines Risiko, dem ein Vertragspartner im Handelsverkehr sich regelmäßig gegenüber sieht, wenn er mit Unternehmungen kontrahiert.

⁴³⁶ MüKo-HGB/*Thiessen*, 3. Aufl., § 27, Rn. 8.

⁴³⁷ MüKo-HGB/*Thiessen*, 3. Aufl., § 27, Rn. 8.

⁴³⁸ MüKo-HGB/*Thiessen*, 3. Aufl., § 27, Rn. 8.

⁴³⁹ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 349.

⁴⁴⁰ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 349.

(dd) Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung?

Im Rahmen einer Lösung *de lege lata* bleibt schließlich nur noch zu fragen, ob eine teleologische Reduktion des § 2040 BGB im Wege gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung möglich bzw. sogar geboten erscheint.

Das Bundesverfassungsgericht konstatiert dazu, Rechtsfortbildung durch den Richter sei insbesondere gerechtfertigt, „[...] wenn sich zwischen Entstehung und Anwendung eines Gesetzes die Lebensverhältnisse und Rechtsanschauungen so tiefgreifend geändert haben wie in diesem Jahrhundert. Einem hiernach möglichen Konflikt der Norm mit den materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen einer gewandelten Gesellschaft kann sich der Richter nicht mit dem Hinweis auf den unverändert gebliebenen Gesetzeswortlaut entziehen; er ist zu freierer Handhabung der Rechtsnormen gezwungen, wenn er nicht seine Aufgabe, ‚Recht‘ zu sprechen, verfehlen will.“⁴⁴¹ Dies scheint auf den vorliegenden Fall zu passen. Die wirtschaftlichen Entwicklungen haben die gesetzliche Regelung, welche immer noch eine statische Handlungsorganisation vorsieht, überholt.

Die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung bewegt sich jedoch nah an der Grenze zur Rechtsetzung und ist daher nur unter sehr engen Voraussetzungen zulässig. Hier scheitert sie daran, dass es sich bei der Frage, ob die Nachlassverwaltung auf Bestandsschutz oder Werterhaltung ausgerichtet werden sollte, nicht um eine Rechtsfrage handelt. Denn die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung dient der Klärung „[...] einer Rechtsfrage, d.h. einer Frage, die eine rechtliche Antwort verlangt.“⁴⁴² Daher scheidet die gesetzesübersteigernde Rechtsfortbildung aus, soweit die Beantwortung der Frage nicht allein mit „spezifisch rechtlichen Erwägungen“ beantwortet werden kann, „[...] sondern eine an Zweckmäßigkeitss Gesichtspunkten orientierte politische Entscheidung verlangt. Sie zu treffen ist im demokratischen Staat grundsätzlich Sache des Gesetzgebers. Den Gerichten fehlt die Kompetenz, Sozialgestaltung zu betreiben.“⁴⁴³ Die Frage, wie der Sinn und Zweck der Nachlassverwaltung, namentlich den Nachlass als Haftungsmasse für Nachlassgläubiger und Miterben zu erhalten, am besten erreicht wird, durch Bestands- oder Werterhaltung, und welche Ausrichtung am besten den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs entspricht, ist eine rechtspolitische Frage, die nicht

⁴⁴¹ BVerfGE 34, 259, 288 f.

⁴⁴² Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 426.

⁴⁴³ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 427, 428; siehe auch Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, Rn. 574, 575.

durch Rekurs auf rechtliche Prinzipien beantwortet werden kann.⁴⁴⁴ Zur Klärung dieser Frage ist daher der Gesetzgeber berufen.⁴⁴⁵

Hier ist nämlich die Partizipation anderer Disziplinen gefragt (insbesondere aus den Bereichen der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften). Die Möglichkeiten des Richters zur abschließenden Klärung der Frage ob ein entsprechendes Bedürfnis für einen Wandel – weg vom Bestandsschutz hin zu einem Werterhalt – besteht, sind dabei limitiert. Zwar könnte auch ein Richter im Rahmen eines gerichtlichen Gutachtens Fachwissen aus anderen Disziplinen heranziehen. Allerdings ist dieses fallbezogen und zu einseitig, da es den Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens sprengen würde, mehr als ein paar wenige, einzelne Experten zu Rate zu ziehen, zumal deren Auswahl durch das jeweils geltende Prozessrecht strukturell vorgegeben ist.⁴⁴⁶ Das vom Richter eingeholte Fachwissen ist damit in aller Regel zu begrenzt, um allgemeingültige Erkenntnisse zutage zu fördern, die benötigt werden zur Festlegung abstrakt-genereller Regeln.⁴⁴⁷ Dies kann nur ein Gesetzgebungsverfahren leisten, in dessen Rahmen Fachwissen unterschiedlichster Disziplinen in großem Umfang herangezogen, in eine Diskussion eingebunden und einer Abwägung unterzogen werden kann.⁴⁴⁸ Die Gerichte verfügen schlicht nicht über diese Ressourcen.

Die Gerichte könnten in so einem Fall nur eingreifen, „[...] wenn infolge dauernden Versagens des Gesetzgebers ein echter Rechtsnotstand [...]“ entsteht. Dies ist allerdings angesichts des Notverwaltungsrechts in § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 2 BGB kaum vorstellbar.⁴⁴⁹

(c) Ergebnis

Das Ergebnis mag zwar nicht zufriedenstellend sein, aber die klare Gesetzeslage kann nicht ignoriert werden. So sehr eine flexiblere Handlungsorganisation auch wünschenswert ist, eine Argumentation vom Ergebnis her ist unzulässig. *Larenz* stellt insofern treffend fest:

„Dem Richter kann es gewiß nicht verwehrt werden, sich hinsichtlich der von ihm zu treffenden Entscheidung eine Vor-Meinung zu bilden. Er mag erwarten,

⁴⁴⁴ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 194.

⁴⁴⁵ Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, Rn. 574, 587; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 427, 428.

⁴⁴⁶ Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, Rn. 563, 564, 572.

⁴⁴⁷ Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, Rn. 558, 559, 607.

⁴⁴⁸ Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, Rn. 545, 605-606.

⁴⁴⁹ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 427.

sie durch das Gesetz bestätigt zu finden. Aber die Gesetzestreue, auf die er verpflichtet ist, verlangt von ihm die Bereitschaft, seine Vor-Meinung durch das Gesetz berichtigen zu lassen. Er darf nicht in das Gesetz hineinlegen, was er aus ihm herauszuholen wünscht.“⁴⁵⁰

Erforderlich ist damit eine Gesetzesänderung, die die Nachlassverwaltung weg von Bestandsschutz und Gemeinschaftsprinzip hin zu einem Werterhalt und dem hierfür erforderlichen Mehrheitsprinzip entwickelt. Der möglichen Ausgestaltung einer neuen Regelung soll im Folgenden nachgegangen werden.

c. Lösung *de lege ferenda*

Der Nachlassverwaltung sollte eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde gelegt werden. Ziel einer optimalen Nachlassverwaltung muss demnach sein, den wirtschaftlichen Wert des Nachlasses für die Nachlassgläubiger und Miterben zu erhalten bzw. zu optimieren und daran sollte die Handlungsorganisation der Erbengemeinschaft ausgerichtet werden. Erforderlich ist eine Handlungsorganisation, die ein schnelles Reagieren auf Marktbewegung ermöglicht, wobei dieses nicht auf Schadensbegrenzung beschränkt sein muss, sondern auch werbendes Handeln ermöglichen kann.⁴⁵¹ Die Erbengemeinschaft muss für eine regelmäßige Teilnahme am Rechtsverkehr gerüstet werden.

Es liegt nahe, sich hierfür an den Regeln des Gesellschaftsrechts (§§ 705 ff. BGB) zu orientieren. Entscheidend ist dabei, ob die Erbengemeinschaft und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts strukturell ausreichend vergleichbar sind. Soweit strukturelle Unterschiede bestehen, ist zu fragen, inwiefern Anpassungen möglich und sinnvoll bzw. sogar notwendig sind, um die Erbengemeinschaft mit der notwendigen Verkehrsfähigkeit auszustatten.

aa. Erbengemeinschaft als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)

Fraglich ist in einem ersten Schritt, ob die Erbengemeinschaft angesichts der neuen, wirtschaftlichen Ausrichtung nicht sogar als Gesellschaft bürgerlichen Rechts qualifiziert werden kann und die §§ 705 ff. BGB damit direkt zur Anwendung kommen können.

⁴⁵⁰ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 348.

⁴⁵¹ siehe oben F. III. 2. d. dd. (i).

Dies ist allerdings zu verneinen, es fehlt bereits am Merkmal des Vertragsschlusses. Ein Gesellschaftsvertrag i.S.v. §§ 705 ff. BGB setzt voraus, dass zwei oder mehrere Personen sich (ausdrücklich oder konkludent) vertraglich verpflichten, „[...] einen gemeinsamen Zweck durch Beitragsleistung oder in sonstiger, vertraglich vereinbarter Weise zu fördern.“

Die Erbengemeinschaft kommt kraft Gesetzes zustande und nicht durch vertragliche Vereinbarung zwischen den Erben. Es müsste demnach eine gesonderte vertragliche Vereinbarung zwischen den Miterben erfolgen. Soweit keine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung zwischen den Miterben erfolgt, kann von einem konkludenten Vertragsschluss regelmäßig nicht ausgegangen werden, selbst dann nicht, wenn die Miterben harmonisch bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens zusammenwirken. Entscheidend ist nämlich, dass die Miterben, auch soweit sie von außen betrachtet eine geschlossene Einheit zu bilden scheinen, keinen gemeinsamen Zweck verfolgen.⁴⁵² Sie sind vielmehr nur auf ihre eigenen Interessen bedacht, es fehlt in der Regel somit an einer gleichgerichteten Willensbildung.

bb. Mangelnde Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft

Ein bedeutender Unterschied zwischen Erbengemeinschaft und GbR ist (abgesehen vom oben festgestellten mangelnden Vertragsschluss) die mangelnde Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft.

Im Gegensatz zur GbR, deren Rechtsfähigkeit seit dem Grundsatzurteil des BGH vom 29.1.2001⁴⁵³ anerkannt ist, wurde eine entsprechende Entwicklung für die Erbengemeinschaft bislang nicht vollzogen. Obwohl vielfach diskutiert und befürwortet von Stimmen in der Literatur⁴⁵⁴, hat der BGH einer Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft bereits mehrfach deutlich eine Absage erteilt.⁴⁵⁵ Die vorliegende Arbeit hat sich nicht zum Ziel gesetzt, der Frage nach der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft nachzugehen. Da dem BGH auf Grundlage der geltenden Gesetzeslage im Ergebnis auch zuzustimmen ist, ist eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Argumenten für und gegen eine Rechtsfähigkeit hier

⁴⁵² siehe unten F. III. 2. c. bb. (iv), F. III. 2. c. cc. (iii), G.

⁴⁵³ BGHZ 146, 341.

⁴⁵⁴ Grunewald, Die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, AcP 197 (1997), 305 ff.; Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 397 ff.; Wolf, Die Rechtsfähigkeit der Gesamthandsgemeinschaften, FS Canaris I, S. 1313 (1318 ff.).

⁴⁵⁵ BGH NJW 1989, 2133; BGH ZEV 2002, 504 ff.; BGH NJW-RR 2004, 1006; BGH NJW 2006, 3715.

auch nicht erforderlich. Da es sich bei der Rechtsfähigkeit aber um einen entscheidenden strukturellen Unterschied zwischen Erbengemeinschaft und GbR handelt, sollen zumindest die von der herrschenden Meinung gegen eine Rechtsfähigkeit vorgebrachten Argumente kurz skizziert und bewertet werden. Anhand der sich als valide herausstellenden Argumente soll dann untersucht werden, ob eine Flexibilisierung der Handlungsorganisation der Erbengemeinschaft, angelehnt an das Recht der GbR, dennoch möglich erscheint und ob ggf. Anpassungen bei der Erbengemeinschaft erforderlich sind.

(i) Dauerhaftigkeit und werbendes Handeln

Gegen eine Rechtssubjektivität der Erbengemeinschaft wird unter anderem vorgebracht, diese sei nicht auf Dauer angelegt.⁴⁵⁶ Sie sei vielmehr auf Liquidation gerichtet, werbendes Handeln sei ihr daher fremd.⁴⁵⁷

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass auch die Personengesellschaft durch den Eintritt in das Liquidationsstadium nicht ihre Rechtssubjektivität verliert.⁴⁵⁸ Selbst wenn man also der Ansicht ist, die Erbengemeinschaft sei lediglich eine Liquidationsgemeinschaft, so ist dies für sich gesehen kein valides Argument gegen ihre Rechtssubjektivität.

Abgesehen davon ist eine Qualifizierung der Erbengemeinschaft als Liquidationsgemeinschaft abzulehnen. Wie oben bereits festgestellt, ist die Auflösung nicht Zweck der Erbengemeinschaft, sondern vielmehr lediglich ihr finales Schicksal und Ziel. Schließlich sieht auch die GbR einem Ende entgegen, etwa durch Zweckerreichung (§ 726 BGB) bzw. im Fall der Kündigung (§ 723 BGB). Niemand käme jedoch auf die Idee, die GbR deshalb als „sterbende Gemeinschaft“ zu bezeichnen.⁴⁵⁹ Zumal auch die Erbengemeinschaft sich nicht von Beginn an in Auflösung befindet, sondern die Auseinandersetzung erst mit einem entsprechenden Verlangen eines Miterben eingeleitet wird (§ 2042 Abs. 1 BGB).⁴⁶⁰ Die Lebensdauer einer Erbengemeinschaft kann sich außerdem in der Praxis über einen langen Zeitraum erstrecken, angesichts der gesetzlichen Möglichkeiten zum Ausschluss bzw.

⁴⁵⁶ BGH ZEV 2002, 504 (505).

⁴⁵⁷ BGH ZEV 2002, 504 (505).

⁴⁵⁸ Eberl-Borges, Die Erbauseinandersetzung, S. 31 (38).

⁴⁵⁹ Ann, MittBayNot 2003,

⁴⁶⁰ siehe oben D. I.

Aufschub der Auseinandersetzung, bzw. schon rein tatsächlich aufgrund der Komplexität des Nachlassvermögens.⁴⁶¹

„Dauerhaftigkeit“ bietet zudem kein taugliches Abgrenzungskriterium, denn sie ist auch nicht notwendiges Merkmal einer GbR, man denke etwa an die Gelegenheitsgesellschaft.⁴⁶²

Werbendes Handeln ist der Erbengemeinschaft allerdings aufgrund des mit der Nachlassverwaltung verfolgten strengen Bestandsschutzes nicht möglich. Dies ist jedoch ausschließlich der geltenden Rechtslage geschuldet. Wie bereits ausgeführt, haben sich die tatsächlichen Verhältnisse geändert. Sie erfordern eine Neuausrichtung der Nachlassverwaltung auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, die den Werterhalt zum Ziel hat und auch werbendes Handeln nicht ausschließt. Mangelndes werbendes Handeln kann als struktureller Unterschied gegen eine Flexibilisierung der Handlungsorganisation daher nicht eingewandt werden.

(ii) Keine vergleichbare Handlungsorganisation

Dem Einwand, die Handlungsorganisationen von GbR und Erbengemeinschaft seien strukturell nicht miteinander vergleichbar, ist entgegenzuhalten, dass auch bei der Erbengemeinschaft eine nach Innen- und Außenverhältnis getrennte Handlungsorganisation besteht, die – je nach Bedeutung des Rechtsgeschäfts – abgestuft ist von gemeinschaftlichem Handeln bis hin zur Handlungsbefugnis des Einzelnen. Zudem hat auch die für die GbR „[...] grundsätzlich gemeinschaftliche Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis aller Gesellschafter (§§ 709, 714 BGB) den BGH jedenfalls nicht davon abgehalten, sie als von den konkreten Personen der Gesamthänder unabhängiges und selbständiges rechtsfähiges Gebilde anzuerkennen.“⁴⁶³

Zuzugeben ist allerdings, dass die Handlungsorganisation der Erbengemeinschaft deutlich starrer ist als die der GbR und in dieser Form für eine Teilnahme am Rechtsverkehr eher ungeeignet ist, weshalb sie der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft zu Recht entgegengehalten wird.⁴⁶⁴ Allerdings ist es gerade das Ziel, die Handlungsorganisation der Erbengemeinschaft zu flexibilisieren. Angesichts der geänderten wirtschaftlichen Verhältnisse kann das Nachlassvermögen vor einem

⁴⁶¹ siehe oben D. I.

⁴⁶² Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 400, 401; MüKo BGB/Ulmer, 5. Aufl., vor § 705, Rn. 86, 87.

⁴⁶³ Wolf, FS Canaris I, 1313 (1320).

⁴⁶⁴ BGH ZEV 2002, 504 (505).

wirtschaftlichen Verfall nur durch eine aktive und flexible Verwaltung, die sich nach wirtschaftlichen Grundsätzen richtet, erhalten werden. Wie oben gezeigt, sind dabei auch werbende Maßnahmen möglich, die es ermöglichen, das vorhandene Vermögen nicht nur zu erhalten, sondern sogar zu mehren. Diese wirtschaftliche Ausrichtung der Handlungsorganisation entspricht der der GbR (soweit diese Vermögen besitzt).

(iii) Entstehung kraft Gesetzes

Die Entstehung der Erbengemeinschaft kraft Gesetzes unterscheidet sie von der GbR, die aufgrund Vertrages zustande kommt. Dies wird teils als Grund vorgebracht für einen Ausschluss der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft.⁴⁶⁵

Angesichts der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft (WEG)⁴⁶⁶, die ebenfalls kraft Gesetzes entsteht, verwundert zunächst ein zeitlich nachfolgendes Urteil des BGH, in welchem die Entstehung der Erbengemeinschaft kraft Gesetzes wiederum als eines von mehreren Argumenten gegen ihre Rechtsfähigkeit angeführt wird.⁴⁶⁷ Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der WEG zeigt nämlich, dass der gesetzliche Entstehungsgrund nicht pauschal als Argument gegen die Rechtsfähigkeit vorgehalten werden kann. Die Rechtsfähigkeit der WEG ist allerdings insbesondere aufgrund des regelmäßig eintretenden Mitgliederwechsels als notwendig erachtet worden, um ein reibungsloses Interagieren im Rechtsverkehr zu ermöglichen.⁴⁶⁸ Ein derart häufiger Wechsel in der Zusammensetzung der Erbengemeinschaft ist aber weder die Regel noch gewollt⁴⁶⁹, insofern ist die Situation bei WEG und Erbengemeinschaft nicht vergleichbar und die unterschiedliche Behandlung daher gerechtfertigt.

Die Entstehung kraft Gesetzes wird auch regelmäßig herangezogen, um von der Erbengemeinschaft als „Zwangsgemeinschaft“ zu sprechen, was die Erbengemeinschaft von den anderen Gesamthandsgemeinschaften des BGB unterscheiden soll, die durch Vereinbarung entstehen.⁴⁷⁰ Dem ist *Hellfeld* überzeugend entgegengetreten mittels eines Vergleichs mit dem derivativen Erwerb

⁴⁶⁵ BGH ZEV 2002, 504 (505); Habersack, Zur Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – BAG, NJW 1989, 3034, JuS 1990, 179 (181), Fn. 41.

⁴⁶⁶ BGHZ 163, 154.

⁴⁶⁷ BGH NJW 2006, 3715 (3716).

⁴⁶⁸ Häublein, Anmerkung zu BGH Urteil v. 17.10.2006, ZfIR 2007, 109.

⁴⁶⁹ Das in §§ 2034 f. BGB geregelte Vorkaufsrecht soll gerade vor einer Überfremdung der Erbengemeinschaft schützen.

⁴⁷⁰ Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 42 I 5a; Ebenroth, Erbrecht, Rn. 719; Lutter, Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180 (1980), 84 (145); jurisPK-BGB/Otto, Band 5, Erbrecht, 6. Aufl., § 2032, Rn. 1.

der Mitgliedschaft im Verband.⁴⁷¹ Beim Verband hat der Erwerber einer Mitgliedschaft keinen Einfluss auf die Ausgestaltung der bereits bestehenden Verbandsordnung, sodass hier „[...] die Gestaltungsfreiheit als Bestandteil der Vertragsfreiheit vollständig hinter die Abschlussfreiheit [zurücktritt].“⁴⁷² Die „Freiwilligkeit“ ist hier vielmehr darin zu erblicken, dass eine Wahlmöglichkeit besteht bezüglich des Erwerbs einer Mitgliedschaft. Der Erwerber kann frei wählen, ob er Teil des Verbands wird oder nicht. Für den Verband ist anerkannt, dass diese Wahlmöglichkeit hinreichender „privatautonomer Anknüpfungspunkt für die Mitgliedschaft“ ist.⁴⁷³ Die Situation ist für die Erbengemeinschaft vergleichbar. Auch hier kann der Miterbe auf die Ausgestaltung der Organisationsstruktur keinen Einfluss nehmen, diese ist durch Gesetz vorgegeben.⁴⁷⁴ Dennoch hat auch der potenzielle Miterbe die Möglichkeit, sich für oder gegen eine Beteiligung an der Erbengemeinschaft zu entscheiden durch das Recht zur Ausschlagung gemäß §§ 1942 ff. BGB.⁴⁷⁵ Der Erbe nimmt damit „bewusst-freiwillig“ diese Rechtsstellung ein.⁴⁷⁶

(iv) Fehlen eines gemeinschaftlichen Zwecks

Regelmäßig wird auch vorgebracht, der Erbengemeinschaft fehle es an einem gemeinschaftlich verfolgten Zweck. Die Erbengemeinschaft sei insofern mit der Bruchteilsgemeinschaft vergleichbar, ein schlichtes Sondervermögen, dessen Zweck sich in der gemeinsamen Berechtigung am gemeinschaftlichen Vermögen erschöpft.⁴⁷⁷ Ein darüber hinausgehender Zweck fehle. Die Erbengemeinschaft könne demnach, wie die Bruchteilsgemeinschaft, als bloßes „Gefäß“ beschrieben werden, welches das gemeinschaftliche Vermögen zusammenfasst. Das Vermögen einer Personengesellschaft dagegen „diene“ einem über das gemeinschaftliche Vermögen hinausgehenden, gemeinschaftlich verfolgten Zweck.⁴⁷⁸ Im Zentrum stehe bei der Gesellschaft daher der gemeinsame Zweck und das Gesellschaftsvermögen sei nur „Mittel zum Zweck“, um einen darüber hinausgehenden, gemeinsamen Zweck zu erreichen.⁴⁷⁹

⁴⁷¹ Hellfeld, Treuepflichten unter Miterben, S. 142 ff.

⁴⁷² Hellfeld, Treuepflichten unter Miterben, S. 145.

⁴⁷³ Hellfeld, Treuepflichten unter Miterben, S. 145.

⁴⁷⁴ Hellfeld, Treuepflichten unter Miterben, S. 148.

⁴⁷⁵ Hellfeld, Treuepflicht unter Miterben, S. 147, 148, 151.

⁴⁷⁶ Hellfeld, Treuepflicht unter Miterben, S. 151.

⁴⁷⁷ Eberl-Borges, Die Erbauseinandersetzung, S. 32.

⁴⁷⁸ Eberl-Borges, Die Erbauseinandersetzung, S. 33.

⁴⁷⁹ Eberl-Borges, Die Erbauseinandersetzung, S. 33.

Hierzu ist zu bemerken, dass die Erbengemeinschaft sich nicht im bloßen Halten des Nachlasses erschöpft.⁴⁸⁰ Aus § 2038 BGB ergibt sich, dass eine Verwaltung des Nachlassvermögens bei der Erbengemeinschaft erfolgt. Dass das Verwalten von Vermögen aber als Gesellschaftszweck ausreichend ist, belegt die Existenz der Verwaltungs-GbR und der vermögensverwaltenden Gesellschaft gemäß § 105 Abs. 2 S. 1 HGB.⁴⁸¹ Allein die Tatsache, dass bei der Erbengemeinschaft auch eine (mehr oder minder umfangreiche) Verwaltungstätigkeit erfolgt, hebt sie andererseits aber noch nicht von der Bruchteilsgemeinschaft ab, denn auch hier erfolgt eine Verwaltungstätigkeit, wie §§ 744 f. BGB belegen.⁴⁸²

Bei der Frage, ob die Erbengemeinschaft hier strukturell eher mit der GbR oder der Bruchteilsgemeinschaft vergleichbar ist, ist letztlich ausschlaggebend, ob die Erbengemeinschaft „[...] durch den Willen koalierender Teilhaber zusammengehalten wird [...]“ und damit der GbR näher steht oder „[...] nur eine Form vermögensrechtlicher Rechtszuordnung ist [...]“ und insofern mit der Bruchteilsgemeinschaft verwandt ist.⁴⁸³ Fraglich ist also, ob über die vermögensrechtliche Komponente hinaus auch eine personenrechtliche Ebene bei der Erbengemeinschaft existiert wie bei der Personengesellschaft, die als „überindividuelle Wirkungseinheit“ oder Gruppe zu begreifen ist, „[...] d.h. ein Personenverband, dem als Rechtssubjekt ein Mehr an Eigenständigkeit gegenüber seinen Mitgliedern [...]“ zukommt.⁴⁸⁴

Eberl-Borges zufolge ist der hier entscheidende Unterschied zur Bruchteilsgemeinschaft, dass bei dieser dem Recht zur Verwaltung aus § 744 Abs. 1 BGB keine entsprechende Pflicht korrespondiert, während bei der Erbengemeinschaft neben dem Recht zur Verwaltung aus § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB auch eine Verpflichtung hierzu besteht gemäß § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 1 BGB.⁴⁸⁵ Dies entspreche der Situation bei der GbR, wonach die Gesellschafter neben dem in § 709 Abs. 1, Hs. 1 BGB statuierten Recht zur Geschäftsführung aus § 705 BGB ersichtlich auch eine Pflicht trifft, den Gesellschaftszweck zu fördern, wozu auch die Vornahme

⁴⁸⁰ Eberl-Borges, Die Erbauseinandersetzung, S. 33.

⁴⁸¹ Palandt/*Sprau*, 72. Aufl., § 705, Rn. 20; MüKo-BGB/*Ulmer*, Band 5, 5. Aufl., vor § 705, Rn. 46, § 705, Rn. 145.

⁴⁸² Eberl-Borges, Die Erbauseinandersetzung, S. 33.

⁴⁸³ Schmidt, Erbteilsabtretung, Miterbenabfindung, und Anwachsung bei der Erbengemeinschaft, AcP 205 (2005), 305 (320).

⁴⁸⁴ Ulmer, AcP 198, 113 – unter Bezugnahme auf Flumes Gruppenlehre (Flume, Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136 (1972), 177 (184 ff., 191, 199 ff.)); MüKo/*Ulmer*, Band 5, 5. Aufl. (2009), vor § 705, Rn. 10.

⁴⁸⁵ Eberl-Borges, Die Erbauseinandersetzung, S. 31 (35); Eberl-Borges, ZEV 2002, 125 (128).

der hierfür erforderlichen Geschäftsführungsmaßnahmen gehört.⁴⁸⁶ Die Verpflichtung der Gesellschafter (deren Inhalt dem Gesellschaftsvertrag zu entnehmen ist), ihr gemeinsames Handeln nach dem Gesellschaftszweck auszurichten und dessen Verwirklichung zu fördern, bewirkt eine Vergemeinschaftung des Zwecks.⁴⁸⁷ „Indem für die Gruppe der gemeinsame Zweck verfolgt wird, entstehen die gesamthänderischen Rechtsverhältnisse und Rechtsbeziehungen für die Gruppe.“⁴⁸⁸ Bei der Erbengemeinschaft hat *Eberl-Borges* zufolge die Pflicht aus § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 1 BGB den gleichen Effekt, indem sie die Miterben zu einer Nachlassverwaltung verpflichte, die auch die Interessen der Nachlassgläubiger berücksichtigen müsse.⁴⁸⁹

Problematisch hieran ist, dass die Regeln über die Mehrheitsverwaltung in § 2038 BGB gerade nicht dem Nachlassgläubigerschutz dienen.⁴⁹⁰ Vielmehr dienen sie dem Interessenausgleich zwischen der Miterbenmehrheit und der Miterbenminderheit.⁴⁹¹ Die Verpflichtung ist von Dritten auch nicht klagbar, sondern gilt nur im Innenverhältnis zwischen den Miterben. Es besteht daher keine Verpflichtung der Miterben nach § 2038 BGB, die Interessen der Nachlassgläubiger zu schützen. Dies wird insbesondere deutlich an der Tatsache, dass die Miterben, soweit sie gemeinschaftlich handeln, jede noch so nachteilige Handlung zulasten der Nachlassgläubiger vornehmen können. Zwar wird dieses Verhalten durch § 1978 BGB letztlich abgestraft. Dennoch ergibt sich keine direkte Verpflichtung der Miterben aus dem Gesetz, die Interessen der Nachlassgläubiger zu schützen.

Der mangelnde gemeinsame Zweck könnte insofern problematisch sein, als den Miterben der Wille und die Motivation fehlen, gemeinschaftlich zielgerichtet zu handeln. Jeder verfolgt, völlig berechtigt angesichts der geltenden Rechtslage, lediglich seine eigenen Interessen. Ziehen mehrere Personen aber nicht in eine, sondern in verschiedene Richtungen, ist Effizienz schwer zu erzielen. Um dies zu erreichen, sollten die Miterben verpflichtet werden, die neue wirtschaftliche Ausrichtung des Nachlassschutzes zu unterstützen. Auf die Reichweite dieser Verpflichtung soll unten im Rahmen der neuen Ausgestaltung der Nachlassverwaltung näher eingegangen werden.

⁴⁸⁶ Eberl-Borges, ZEV 2002, 125 (128).

⁴⁸⁷ MüKo-BGB/*Ulmer*, Band 5, 5. Aufl., § 705, Rn. 142.

⁴⁸⁸ Flume, Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136 (1972), 177 (201).

⁴⁸⁹ Eberl-Borges, ZEV 2002, 125 (128).

⁴⁹⁰ Siehe oben F. III. 1. d. dd. (i).

⁴⁹¹ Siehe oben F. III. 1. d. dd. (i).

bb. Problem – vermögensrechtliche Zuordnung

Eine Problematik ergibt sich noch aus der fehlenden Rechtssubjektivität selbst. *Hellfeld* postuliert nämlich das gemeinschaftliche Handeln sämtlicher Miterben bei Verfügungsgeschäften als „unaufgebbaren Rechtssatz des Prinzips der Gesamthand“ ohne Rechtssubjektivität.⁴⁹² Bei der Gesamthand ohne Rechtssubjektivität wird das Sondervermögen in gesamthänderischer Verbundenheit gehalten, die Dominanz des Gemeinschaftsprinzips sei die logische Folge.⁴⁹³

Zum einen ist dem entgegenzuhalten, dass die Gesamthand heutzutage mitnichten als eigenständiges Rechtsinstitut verstanden werden kann, von dem konkrete Eigenschaften ableitbar wären.⁴⁹⁴ Während der historische Gesetzgeber wohl noch von einem strukturellen Gleichlauf aller Gesamthandsgemeinschaften ausging⁴⁹⁵, kann heutzutage angesichts der, insbesondere aus Rechtsfortbildung resultierenden, strukturellen Unterschiede (insbesondere angesichts der Entwicklungen bei der GbR) von einer Gleichartigkeit nicht ausgegangen werden.⁴⁹⁶

Hellfeld argumentiert, die gesamthänderische Vermögenszuordnung, betrachtet vor dem Hintergrund der herrschenden Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung, ließe eine Flexibilisierung der Handlungsorganisation unter Abkehr vom Gemeinschaftsprinzip aber nicht zu. Denn die „Rechtszuständigkeit am Sondervermögen“ würde dem einzelnen Miterben entzogen zugunsten einer abstrahierten, kollektiven Einheit, und solange man eine Rechtssubjektivität der Erbengemeinschaft nicht anerkenne, sei dieser Weg nicht gangbar.⁴⁹⁷ § 2040 BGB sei folglich eine unumstößliche Vorschrift für die Handlungsorganisation der Erbengemeinschaft, wolle man nicht die „Rechtszuständigkeit“ des einzelnen Miterben am Sondervermögen aushöhlen.⁴⁹⁸

Zuzustimmen ist *Hellfeld* insofern, als aufgrund der vermögensrechtlichen Zuordnung zwingend eine Verfügung über einzelne Nachlassgegenstände durch alle Miterben erfolgen muss. Die vermögensrechtliche Zuordnung ist gemäß der herrschenden

⁴⁹² Hellfeld, Treuepflicht unter Miterben, S. 73.

⁴⁹³ Hellfeld, Treuepflicht unter Miterben, S. 73.

⁴⁹⁴ Bartholomeyczik, Das Gesamthandsprinzip beim gesetzlichen Vorkaufsrecht der Miterben, FS Nipperdey (1965), 145 (171, 172); Schmidt, AcP 205 (2005), 305 (327); Hellfeld konstatiert eben dies an anderer Stelle in seiner Arbeit (siehe dort S. 3) und widerspricht sich insofern.

⁴⁹⁵ Schmidt, AcP 205 (2005), 305 (327)

⁴⁹⁶ Schmidt, AcP 205 (2005), 305 (339, 340); Habersack, Zur Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – BAG, NJW 1989, 3034, JuS 1990, 179 (182); MüKo BGB/*Ulmer*, 5. Aufl., § 705, Rn. 291, 292.

⁴⁹⁷ Hellfeld, Treuepflicht unter Miterben, S. 74/75, 83/84, 84/85.

⁴⁹⁸ Hellfeld, Treuepflicht unter Miterben, S. 84/85.

Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung so ausgestaltet, dass den einzelnen Miterben jeder Nachlassgegenstand ganz gehört, jedoch beschränkt durch die entsprechenden Rechte der anderen Miterben, woraus logisch zwingend folgt, dass alle Miterben gemeinsam verfügen müssen. Dies ist allerdings auch über eine gesetzliche Vertretungsmacht der Mehrheit zu erreichen und steht demnach einer Flexibilisierung der Handlungsorganisation nicht entgegen.

Entscheidend ist aber hier vielmehr, worin die „Rechtszuständigkeit“ für den einzelnen Miterben gesehen wird und ob eine Abkehr vom Gemeinschaftsprinzip tatsächlich zu einem Rechtsverlust des einzelnen Miterben führen würde, der mit der gesamthänderischen Gebundenheit des gemeinschaftlichen Vermögens unvereinbar wäre. In Abgrenzung dazu ist zu fragen, inwiefern dabei eine Überführung von „Rechtszuständigkeit“ auf eine kollektive Einheit erfolgt.

Vor dem Hintergrund der auf Bestandsschutz ausgerichteten Nachlassverwaltung ist *Hellfelds* Verständnis von der „Rechtszuständigkeit“ des einzelnen Miterben uneingeschränkt zuzustimmen. Ist das gemeinschaftlich gehaltene Vermögen als statische Masse zu verstehen, die sich idealerweise seit dem Erbfall inhaltlich nicht oder kaum verändern soll, so ist die „Rechtszuständigkeit“ des Miterben ganz richtig als umfassende Macht zur Disposition über den konkreten Nachlassgegenstand zu verstehen, lediglich begrenzt durch die jeweilige, entsprechende Macht der anderen Miterben bezüglich desselben Gegenstands. Würde man vor diesem Hintergrund einer Mehrheit die Disposition über einzelne Nachlassgegenstände übertragen, so würde der einzelne Miterbe sein ihm durch die gesetzliche Konzeption eingeräumtes umfassendes Vetorecht verlieren. § 2041 BGB könnte hier auch nicht weiterhelfen, da das Interesse des Miterben sich auf den konkreten Nachlassgegenstand richtet und dieser konkrete Gegenstand nach einer Verfügung nicht mehr zur Disposition steht in der Form, wie er dem Nachlass zufiel mit dem Erbfall. Insofern würde der Miterbe in der Tat einen unwiederbringlichen Rechtsverlust erleiden.

Richtet man aber das Ziel der Nachlassverwaltung neu aus, auf Werterhaltung, muss man auch die „Rechtszuständigkeit“ des Miterben am einzelnen Nachlassgegenstand neu begreifen. Sein Interesse richtet sich dann nicht mehr auf den *konkreten* Nachlassgegenstand, sondern auf die Erbmasse im Ganzen. Vor dem Hintergrund der modernen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen kann die konkrete Zusammensetzung der Erbmasse aus bestimmten, einzelnen Nachlassgegenständen für den Miterben nämlich kaum von Bedeutung sein. Entscheidend ist für ihn vielmehr

der Wert der *gesamten* Erbmasse. Dies bedeutet allerdings nicht automatisch, dass die Beteiligung des Miterben nun als bloßer Wertanteil zu begreifen ist, wie er charakteristisch ist für die GbR – die Gesellschafter halten hier eine bloß mittelbare, wertmäßige Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, welches nicht den Gesellschaftern, sondern der Gesellschaft als von den Gesellschaftern abstrahierte, kollektive Einheit gehört.⁴⁹⁹ Das Gesamthandsvermögen wird ganz im Gegenteil weiterhin von den Miterben in gemeinschaftlicher Verbundenheit gehalten. Denn selbst wenn man den Nachlass als bewegliche Masse mit immer wechselnden Einheiten begreift, so wird dennoch die Berechtigung des Miterben an den einzelnen Gegenständen im Nachlass nicht beeinträchtigt. Sie besteht vielmehr stets an den sich zu einem bestimmten Zeitpunkt im Nachlass jeweils befindlichen Gegenständen. Die Berechtigung an den jeweiligen Gegenständen besteht dabei in der Weise, wie durch die Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung vorgegeben, indem der jeweilige Gegenstand dem Miterben ganz gehört, eingeschränkt durch die entsprechenden Rechte der anderen Miterben. Da sich dieses Recht bei jeder Verfügung gemäß § 2041 BGB stets am Surrogat fortsetzt, besteht an jedem Gegenstand, der als Ersatz für einen Nachlassgegenstand in den Nachlass fällt, die gleiche Rechtszuständigkeit der Miterben. Von einem Übergang des Eigentums am Nachlass auf eine abstrahierte kollektive Einheit kann damit nicht gesprochen werden.⁵⁰⁰

Die „Rechtszuständigkeit“ des einzelnen Miterben erfährt lediglich eine inhaltliche Änderung insofern, als sein Vetorecht einen neuen Inhalt bekommt, der dem Interesse des Miterben aber eher entspricht. Eine stumpfe Sistierung des Nachlasses kann auch nicht im Interesse der Miterben sein. Entscheidend für den einzelnen Miterben ist demnach, dass er Handlungen mit seinem Veto verhindern kann, die den Wert der Erbmasse nachteilig beeinflussen könnten. Dies wäre auch der Fall unter einer flexibilisierten Handlungsorganisation. Vor dem neu zu verstehenden Sinn und Zweck der Nachlassverwaltung wäre eine Verfügung nämlich nur dann als ordnungsmäßige Verwaltungsmaßnahme im Sinne von §§ 2038, 745 BGB zu rechtfertigen, wenn sie der Wertsicherung bzw. -mehrerung des Nachlasses im Interesse nicht nur der Miterben, sondern auch der Nachlassgläubiger dient (insofern muss auch der Begriff der Ordnungsmäßigkeit entsprechend neu verstanden

⁴⁹⁹ so aber Hellfeld, Treuepflicht unter Miterben, S. 80, 81.

⁵⁰⁰ anders Hellfeld, Treuepflicht unter Miterben, S. 83, 84.

werden⁵⁰¹). Da Mehrheitshandeln demnach nur für wertneutrale oder wertsteigernde Maßnahmen in Betracht kommt, wird eine Verfügung durch die Mehrheit ohne entsprechenden Gegenwert nicht in Betracht kommen. § 2041 BGB sorgt letztlich dafür, dass dieser Gegenwert als Surrogat in den Nachlass fällt. Eine Weggabe ohne adäquaten Gegenwert (im Extremfall Schenkung oder Dereliktion) fiel dagegen nicht unter diesen neuen Ordnungsmäßigkeitsbegriff. Solche Handlungen, die keine oder eine nicht adäquate Gegenleistung für die Weggabe eines Nachlassgegenstands vorsähen, wären vielmehr unter die außerordentliche Verwaltung zu fassen. Sie würden daher gemeinschaftliches Handeln erfordern und könnten so von jedem Miterben blockiert werden. Das Vetorecht des Miterben beschränkt sich damit auf wertmäßig nachteilige Verfügungen.

Hellfeld sieht hierin einen vollständigen Verlust der „konkurrierenden Rechtsmacht“ des einzelnen Miterben bis hin zum „dinglichen Nullum“.⁵⁰² Allenfalls kann aber von einer Einschränkung der „konkurrierenden Rechtsmacht“ des einzelnen Miterben gesprochen werden, als ihm ein Vetorecht im Hinblick auf sämtliche Verfügungen bezüglich jedes einzelnen Nachlassgegenstands verloren geht. Dieses Vetorecht ist angesichts der mangelnden wirtschaftlichen Bedeutung für den Miterben allerdings von geringer Relevanz und ein entsprechender „Rechtsverlust“ daher zu verkraften. Da für den Miterben lediglich der Wert des gesamten Nachlassvermögens von Bedeutung sein kann, benötigt er ein Vetorecht bezüglich jedes einzelnen Nachlassgegenstands nicht. Für den Miterben kann es umgekehrt sogar eine wirtschaftlich völlig sinnlose Belastung darstellen, wenn er sich um jede einzelne Verfügung kümmern muss. Stattdessen erhielte der Miterbe ein Vetorecht gegen Verfügungen, die den Wert des Nachlasses wirtschaftlich negativ beeinträchtigen (da sie nicht unter den neuen Ordnungsmäßigkeitsbegriff fielen und damit in den Bereich der außerordentlichen Verwaltung einzuordnen wären). So müsste er lediglich die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit der Maßnahmen im Auge behalten und nur dann einschreiten, wenn er an dieser Zweifel hegt. Dies würde zweifelsohne allen beteiligten Miterben die alltägliche Nachlassverwaltung erheblich erleichtern.

Dabei würde weder eine Überführung von Rechten auf die Mehrheit erfolgen, noch würde der Nachlass auf eine abstrakte, kollektive Einheit überführt.⁵⁰³ Die einzelnen Nachlassgegenstände gehören den Miterben ohnehin nicht uneingeschränkt. Der

⁵⁰¹ siehe unten F. III. 2. c. cc. (i).

⁵⁰² Hellfeld, Treuepflicht unter Miterben, S. 83, 84.

⁵⁰³ A.A. Hellfeld, Treuepflicht unter Miterben, S. 83, 84.

ganze Gegenstand gehört dem einzelnen Miterben nur *beschränkt* durch die entsprechenden Rechte der anderen Miterben. Entscheidend ist dabei, dass keine disproportionale Verschiebung in der Rechtszuständigkeit eintritt. Das neue Vetorecht wäre für jeden der Miterben gleich.

In einer Situation, in der sich ein Erbe in der Minderheitsposition befindet, könnte man aber eine gewisse Verlagerung von Rechtszuständigkeit auf die Mehrheit vermuten. Mehrheitshandeln wäre allerdings unter dem neuen Ordnungsmäßigkeitsbegriff nur dann möglich, und damit das Vetorecht der Minderheit ausgeschaltet, wenn die Maßnahme wirtschaftlich sinnvoll ist. In dem Fall kommt die Maßnahme aber allen Beteiligten zugute, den Nachlassgläubigern und sämtlichen Miterben, also auch den Minderheitserben. Ist aber die Maßnahme für alle Beteiligten wirtschaftlich sinnvoll, dann ist die Weigerung einzelner Miterben, an ihrer Umsetzung mitzuwirken, wie Schikanehandlungen (§ 226 BGB) als unbeachtlich, rechtlich nicht vorhanden zu beurteilen. Ein Vetorecht wäre daher in solchen Fällen als unbeachtliche Rechtsposition und damit als irrelevant zu qualifizieren.

Die Handlungsorganisation der, nicht rechtsfähigen, erbrechtlichen Gesamthand ist demnach sehr wohl einer Flexibilisierung zugänglich, in deren Zuge auch § 2040 BGB weichen muss.

cc. Neue Ausgestaltung der Nachlassverwaltung

Angesichts der geänderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen steht die Erbengemeinschaft hinsichtlich ihrer Handlungsorganisation der GbR im Ergebnis strukturell näher als der Bruchteilsgemeinschaft. Beide halten in der Regel umfangreiche, komplexe Vermögensmassen, die auf eine wirtschaftlich sinnvolle Verwaltung angewiesen sind, während die Bruchteilsgemeinschaft nur einen (!) Gegenstand hält.⁵⁰⁴ Das Verwaltungshandeln bei der Erbengemeinschaft ist je nach Zusammensetzung des Nachlasses sehr vielfältig, wie auch bei der GbR⁵⁰⁵, selbst werbendes Handeln ist für die Erbengemeinschaft möglich und sinnvoll im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise.

Es macht daher Sinn, sich bei einer Neuausgestaltung der Handlungsorganisation der Erbengemeinschaft an der GbR zu orientieren.

⁵⁰⁴ Eberl-Borges, ZEV 2002, 125 (127).

⁵⁰⁵ Eberl-Borges, ZEV 2002, 1313 (1314).

(i) Begriffliche und systematische Erwägungen

Die Handlungsorganisation der GbR sieht, wie auch die geltenden Regelungen der Nachlassverwaltung, grundsätzlich gemeinschaftliche Geschäftsführung und Vertretung vor (§§ 709, 714 BGB). Abweichen können die Gesellschafter hiervon durch entsprechende Regelungen im Gesellschaftsvertrag (§§ 709 Abs. 2, 710, 714 BGB). Der Erbengemeinschaft ist dies nach geltendem Recht ebenfalls möglich (vgl. § 745 Abs. 2 BGB). Allerdings besteht hier ein entscheidender Unterschied zur GbR – dem Verhältnis der Miterben zueinander fehlt eine die Begründung der Erbengemeinschaft begleitende vertragliche Grundlage und auch im weiteren Verlauf kann man nicht notwendig davon ausgehen, dass die Miterben sich auf eine solche einigen werden. Die Motivation, gemeinschaftlich zielgerichtet zu handeln, ist bei der Erbengemeinschaft schlicht nicht ausgeprägt genug.

Daher sollte grundsätzlich an dem existierenden gesetzlichen System abgestufter Zuständigkeitsbereiche (mit der Unterscheidung zwischen außerordentlichen Maßnahmen, ordentlichen Maßnahmen und Maßnahmen der Notverwaltung) festgehalten werden, um sicherzustellen, dass eine sinnvolle Grundstruktur der Nachlassverwaltung gewährleistet ist.

§ 2040 Abs. 1 BGB sollte gestrichen werden, da er angesichts des angestrebten Ziels einer Flexibilisierung der Nachlassverwaltung mit Fokus auf dem Nachlasswert und den neuen Regelungen hinderlich ist. Gemäß dem herrschenden Verständnis fallen Verfügungen unter den Begriff der Verwaltung im Sinne von § 2038 BGB und würden bei einem Wegfallen des § 2040 BGB dem abgestuften System des § 2038 BGB unterstellt. Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte würden als Maßnahmen der Verwaltung denselben Regeln unterstellt. Es würde nur noch unterschieden zwischen außerordentlichen Maßnahmen, ordentlichen Maßnahmen und Maßnahmen der Notverwaltung. Sämtliche Schritte, die zur Umsetzung einer Maßnahme erforderlich sind, folgten damit denselben Regeln, gemäß der Einordnung der Maßnahme in eine der vorgenannten Kategorien.

Um den Verlust des § 2040 BGB und des Bestandsschutzes auszugleichen, sollte der Begriff der Ordnungsmäßigkeit erweitert werden, um weiterhin einen effektiven Schutz gegen Nachlassauszehrungen, allerdings nun durch wirtschaftlichen Werterhalt, zu gewährleisten. Der Ordnungsmäßigkeitsbegriff unter geltendem Recht ist hierfür nicht ausreichend, da er nur die Interessen der Miterben im Blick hat. In der

Regel kann man davon ausgehen, dass sich die Interessen aller Miterben nach billigem Ermessen⁵⁰⁶ und die Interessen der Nachlassgläubiger decken werden, namentlich auf den wirtschaftlichen Erhalt des Nachlasses. Den Miterben wird regelmäßig daran gelegen sein, dass nach Begleichung der Nachlassverbindlichkeiten auch noch etwas für sie übrig bleibt. Allerdings ist zu beachten, dass das Interesse der Miterben nicht notwendig immer wirtschaftlicher Art sein muss. Schließlich ist zu bedenken, dass hier Familienvermögen vererbt wird und familiäre Verbindungen eine Rolle spielen. Die Nachlassverwaltung ist dementsprechend stark emotional geprägt. Demnach können hier Affektionsinteressen oder auch Rachedgedanken das Handeln der Miterben leiten und wirtschaftliche Interessen in den Hintergrund drängen. Das Interesse der Nachlassgläubiger ist dagegen stets rein wirtschaftlicher Art. Sinn und Zweck einer Mobilisierung der Nachlassverwaltung ist es jedoch, wirtschaftlich sinnvolle Maßnahmen trotz der unberechtigten Verweigerung einzelner Miterben zu ermöglichen bzw. die Umsetzung wirtschaftlich sinnvoller Maßnahmen zu erleichtern, nicht jedoch, der Erbenmehrheit die Durchsetzung nachlassgläubigerschädigender Maßnahmen zu erleichtern. Als ordnungsmäßig wäre demnach eine Maßnahme i.S.v. § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 1 BGB zu verstehen, wenn sie:

- vom Standpunkt eines sorgfältigen Verwalters in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses vorgenommen wurde (wobei ein objektiver Maßstab anzulegen ist), und
- in die Rechte einzelner Erben nicht ohne ihre Zustimmung eingegriffen wird.

Da bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise allein der wirtschaftliche Wert von Bedeutung ist, fallen die Kriterien weg, wonach eine Maßnahme der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstands (also dem Nachlass) entsprechen muss und keine wesentliche Veränderung des Nachlasses bewirken darf.

Ein Verweis in das Recht der Bruchteilsgemeinschaft sollte nicht mehr erfolgen. Das entsprechende Heranziehen von Prinzipien aus anderen Rechtsgebieten rechtfertigt sich nur bei einer strukturellen Vergleichbarkeit, die ja im Hinblick auf die Bruchteilsgemeinschaft gerade abzulehnen ist. Lediglich die Regelung des § 745 Abs. 1 S. 1 BGB sollte in wie folgt angepasster Form beibehalten und in § 2038 Abs.

⁵⁰⁶ siehe oben E. III. 1.

1 BGB integriert werden: „Durch Stimmenmehrheit kann eine ordnungsmäßige Verwaltung beschlossen werden.“

Um jeglichen Zweifeln über die Geltung der Regelungen des § 2038 BGB für das Außenverhältnis entgegenzutreten, sollte dieses separat und eindeutig durch Einfügen eines neuen Absatzes 2 in § 2038 BGB (der jetzige Absatz 2 würde dabei zu Absatz 3) geregelt werden, der der Regelung in § 714 BGB entspricht und damit die Vertretung nach der Situation im Innenverhältnis spiegelt. Die Regelung könnte in etwa wie folgt lauten: „Soweit einem oder mehreren Miterben die Befugnis zur Verwaltung zusteht, ist er im Zweifel auch ermächtigt, die anderen Miterben Dritten gegenüber zu vertreten.“ Eine abweichende vertragliche Vereinbarung der Miterben ist damit auch ermöglicht („im Zweifel“). § 2038 Abs. 1 BGB würde demnach das Innenverhältnis und der neue Abs. 2 die Vertretung im Außenverhältnis regeln.

(ii) Verpflichtung zur Mitwirkung bei Maßnahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung

Wie schon oben erwähnt, ist es wichtig, den Verlust des § 2040 BGB und des Bestandsschutzes auszugleichen durch ein neues Verständnis des Begriffs der Ordnungsmäßigkeit, um weiterhin einen effektiven Schutz gegen Nachlassauszehrungen durch wirtschaftlichen Werterhalt zu gewährleisten.

Dadurch richtet sich die Verpflichtung der Miterben gemäß § 2038 Abs. 1 S. 2, Hs. 1 BGB automatisch darauf, bei Maßnahmen mitzuwirken, die wirtschaftlich auch sinnvoll sind für die Nachlassgläubiger. Die ordnungsmäßige Verwaltung richtet sich damit auf ein gemeinschaftliches Ziel, sodass Abstimmungsprozesse zwischen den Miterben im Innenverhältnis über eine Maßnahme beschleunigt werden.

Die so gewonnene Verpflichtung soll aber lediglich dem Zwecke des Erhalts des Nachlasses dienen, indem das Mehrheitshandeln durch die neue einheitliche Zielrichtung mehr Beweglichkeit erhält und daher die Vornahme wirtschaftlich sinnvoller Maßnahmen fördern kann. Die Verpflichtung darf aber nicht so weit gehen, die Miterben generell zu verpflichten, den wirtschaftlichen Wert des Nachlasses aktiv zu erhalten bzw. zu mehren.

Daher soll die Verpflichtung der Miterben weiterhin nur im Innenverhältnis gegenüber den anderen Miterben gelten. Ein eigenes Klagerecht der Nachlassgläubiger (unter Streichung des Zusatzes „den anderen ggü.“) ist abzulehnen. Auch eine Ausweitung

der Verpflichtung hin zu einer allgemeinen Pflicht der Miterben, eine wirtschaftlich sinnvolle Nachlassverwaltung zu betreiben, kann nicht zugelassen werden. Denn die Gläubiger des Erblassers hatten auch gegen diesen keinen (klagbaren) Anspruch, dass er sein Vermögen für die Gläubiger erhalte. Die Solvenz des Schuldners ist das wirtschaftliche Risiko der Gläubiger, ein Anspruch hierauf besteht grundsätzlich nicht. So wie die Gläubiger durch den Erbfall keine Nachteile erleiden dürfen, sollen ihnen auch keine Vorteile allein aufgrund des Erbfalls zufallen. Soweit also die Miterben einvernehmlich untätig bleiben und den Nachlass damit dem Verfall aussetzen, können die Nachlassgläubiger dagegen nicht vorgehen, wie sie auch nichts gegen einen Vermögensverfall beim Erblasser ausrichten konnten. Entsprechend ahndet § 1978 BGB auch nicht die Nichtvornahme von Maßnahmen.

(iv) Der Begriff der Ordnungsmäßigkeit und § 2041 BGB als zentrale Schutzmechanismen

Der neue Ordnungsmäßigkeitsbegriff und § 2041 BGB wirken als zentrale Schutzmechanismen gegen Nachlassauszehrungen.

Der neue Ordnungsmäßigkeitsbegriff entspricht mit seiner Fokussierung auf Wertsicherung bzw. -mehrung des Nachlasses nicht nur den Interessen der Miterben, sondern auch denen der Nachlassgläubiger. Maßnahmen, die die Kriterien der Ordnungsmäßigkeit nicht erfüllen, können schon nicht per Mehrheit beschlossen werden, ein wirksamer Mehrheitsbeschluss kann demnach nicht herbeigeführt werden und demnach besteht auch keine Vertretungsmacht im Außenverhältnis. Wird die Maßnahme dennoch von der Mehrheit vorgenommen, so handelt sie als *falsus procurator* (§ 179 BGB) und die Erbengemeinschaft wird hierdurch nicht verpflichtet, dennoch vorgenommene Verfügungsgeschäfte müssen rückabgewickelt werden.

Über einen möglichst weiten Anwendungsbereich des § 2041 BGB (keine Beschränkung auf Mittelsurrogation)⁵⁰⁷ kann zudem abgeholfen werden, insbesondere in Fällen, in denen die Miterben einvernehmlich handeln. Die Gefahr von Verfügungen, die nicht durch einen adäquaten Gegenwert ausgeglichen werden, könnte so reduziert werden. Darüber hinaus fielen Verfügungen ohne adäquaten

⁵⁰⁷ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 112, 113; a.A. MüKo BGB/Gergen, 5. Aufl., § 2041 BGB, Rn. 20 ff. mit dem – abzulehnenden – Argument, bei der Erbengemeinschaft handele es sich um eine auf Auflösung gerichtete Gemeinschaft, die nicht auf verbendes, und damit auch nicht auf nachlassmehrendes, Handeln ausgerichtet sei, so dass kein Bedürfnis bestehe für einen weiten Anwendungsbereich des § 2041 BGB.

Gegenwert nicht unter den erweiterten Begriff der Ordnungsmäßigkeit⁵⁰⁸, mit der Konsequenz des § 179 BGB.

(v) Verkehrsschutz

Das Mehrheitshandeln trägt keine unzumutbaren Risiken in den Rechtsverkehr. Nicht ordnungsmäßige Verfügungen sind zwar unwirksam, sodass ggf. ein Rückabwicklungsproblem verbleibt. Dieses ist allerdings im Interesse der Verkehrsfähigkeit hinzunehmen, insbesondere da dem Geschäftsgegner mit Schadensersatzansprüchen (§ 179 BGB) gegen die Mehrheitserben ausreichender Schutz geboten ist.⁵⁰⁹

Verbleibende Unsicherheiten des Vertragspartners über die Berechtigung der Handelnden sind zudem nicht unüblich, sondern vielmehr ein hinzunehmendes Risiko, welches aus der Anerkennung der Verwendung von Vertretern im Rechtsverkehr resultiert und dem durch § 179 BGB hinreichend Rechnung getragen wird.

(vi) Problem: Grundbuchverfügungen

Problematisch bleibt ein Mehrheitshandeln allerdings im Fall von Grundbuchverfügungen, da das Grundbuch für die Eintragung einer Rechtsänderung die Bewilligung des Berechtigten in öffentlich beglaubigter Form (§ 29 Abs. 1 GBO) verlangt.⁵¹⁰ Da das Grundbuchamt dies nicht selbständig feststellen kann, müsste die Mehrheit gemäß § 29 Abs. 1 GBO in öffentlich beglaubigter Form nachweisen, dass sich das Verfügungsgeschäft im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung hält.⁵¹¹ Da dies regelmäßig nicht möglich sein wird, wird das Grundbuchamt ohne richterliche Entscheidung wohl keine Auflassung vollziehen.⁵¹²

Denkbar ist hier allerdings, auf das Verfahren zurückzugreifen, welches für Testamentsvollstrecker bei In-sich-Geschäften im Rahmen von § 2205 BGB gilt.⁵¹³ Auch hier muss dem Grundbuchamt gegenüber dargetan werden, dass die Maßnahme in ordnungsmäßiger Verwaltung des Amtes des Testamentsvollstreckers erfolgt.⁵¹⁴ Da ein dem § 29 Abs. 1 GBO entsprechender Nachweis der

⁵⁰⁸ siehe oben F. III. 1. a.

⁵⁰⁹ Ann, ZEV 2010, 36 (40); Muscheler, ZEV 1997, 222 (231).

⁵¹⁰ Schütte, Anmerkung zu BGH Urteil v. 28.4.2006, LwZR 10/05, NJW 2007, 150 (153).

⁵¹¹ Schütte, Anmerkung zu BGH Urteil v. 28.4.2006, LwZR 10/05, NJW 2007, 150 (153).

⁵¹² Ann, ZEV 2010, 36 (40); NK-BGB/Ann, Band 5, 3. Aufl., § 2040, Rn. 13.

⁵¹³ Muscheler, ZEV 1997, 222 (231); Staudinger/Reimann, BGB (2012), § 2205, Rn. 73.

⁵¹⁴ Staudinger/Reimann, BGB (2012), § 2205, Rn. 73.

Ordnungsmäßigkeit durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden regelmäßig unmöglich wäre, muss genügen, „[...] wenn die Mehrheitserben die Beweggründe für die Verfügung und die Bedeutung für den Gesamtnachlaß in einer Weise vortragen, daß das Grundbuchamt in der Lage ist, die Prüfung am Maßstab des [§ 2038 BGB] nach allgemeinen Erfahrungssätzen vorzunehmen.“⁵¹⁵

(vii) *Unternehmenstragende Erbengemeinschaft*

Für die unternehmenstragende Erbengemeinschaft sollte nach hier vertretener Ansicht nichts Besonderes gelten. Die neue Handlungsstruktur gibt der unternehmenstragenden Erbengemeinschaft während ihres Bestehens mehr Flexibilität, was ihr ein Agieren im Handelsverkehr zumindest gegenüber der geltenden Rechtslage erheblich erleichtert. Allerdings bedarf das kaufmännische Unternehmen einer handelsrechtlichen bzw. gesellschaftsrechtlichen Lösung. Mal ganz abgesehen davon, dass die Handlungsorganisation der Erbengemeinschaft selbst in ihrer neuen, flexibleren Form für den handelsrechtlichen Verkehr immer noch völlig unzureichend ist, bildet das Erbrecht insgesamt keine adäquate Grundlage für das Betreiben einer kaufmännischen Unternehmung. Man denke etwa auch an registerrechtliche Nachteile im Hinblick auf die Zurückhaltung der Rechtsprechung, die Eintragungsfähigkeit von Vertretungsregelungen der Miterben zu akzeptieren (in dem Bestreben, für eine gesteigerte Informationsqualität durch Standardisierung des Handelsregisterinhalts Sorge zu tragen) und das Problem der Miterbenprokura, die aufgrund der mangelnden Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft gegen das Grundprinzip der Vertretung verstößt, dass „eine Person nicht gleichzeitig Herr und Diener desselben Geschäfts sein kann“.⁵¹⁶

G. AUSBLICK

Sollte eine entsprechende Flexibilisierung der Handlungsorganisation erfolgen, die ihr die notwendige Handlungsfähigkeit im Rechtsverkehr verleihen würde, wäre wohl auch die Frage nach der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft neu aufzuwerfen.

⁵¹⁵ Muscheler, ZEV 1997, 222 (231); Staudinger/*Reimann*, BGB (2012), § 2205, Rn. 73.

⁵¹⁶ Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 318-320, 322-325; Baumbach/*Hopt/Hopt*, Kommentar zum HGB, 35. Aufl., § 8, Rn. 5; Oetker Kommentar zum HGB/*Preuß*, 2. Aufl., § 8, Rn. 23; Großkomm. HGB/*Koch*, Band 1, 5. Aufl., § 8, Rn. 50.

Die Konstruktion eines gemeinsamen Zwecks dürfte angesichts der oben gemachten Ausführungen allerdings problematisch sein. Auch im Rahmen der neuen wirtschaftlichen Ausrichtung ist die auf Nachlassgläubigerschutz gerichtete Verpflichtung der Miterben auf die Mehrheitsverwaltung beschränkt und nicht auf die gesamte Nachlassverwaltungstätigkeit erweiterbar.⁵¹⁷ Es ist zweifelhaft, ob eine solch begrenzte Verpflichtung ausreicht, um einen gemeinsamen Zweck und damit eine personenrechtliche Ebene für die Erbengemeinschaft zu begründen.

⁵¹⁷ Siehe oben F. III. 2. c. cc. (ii).